

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO

YAN CHEDE COLLAÇO

PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ: APLICABILIDADE SUBSIDIÁRIA A PARTIR  
DO MODELO COOPERATIVO

FLORIANÓPOLIS

2018

YAN CHEDE COLLAÇO

PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ: APLICABILIDADE SUBSIDIÁRIA A PARTIR  
DO MODELO COOPERATIVO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado  
junto ao curso de graduação em Direito da  
Universidade Federal de Santa Catarina –  
UFSC, na área de Direito Processual Civil.

Orientador: Prof. Dr. Pedro Miranda de  
Oliveira

Co-orientador: Bel. Diordan Passarin  
Canônica

FLORIANÓPOLIS

2018

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

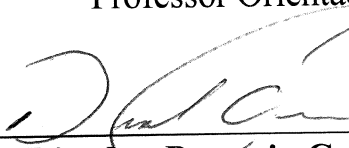
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “**Poderes instrutórios do juiz: aplicabilidade subsidiária a partir do modelo cooperativo**”, elaborado pelo acadêmico **Yan Chede Collaço**, defendido em **14/11/2018** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

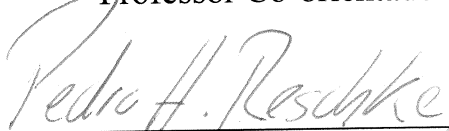
Florianópolis, 14 de Novembro de 2018.



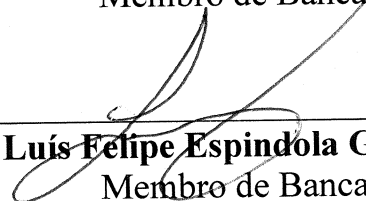
**Pedro Miranda de Oliveira**  
Professor Orientador



**Diordan Passarin Canonica**  
Professor Co-orientador



**Pedro Henrique Reschke**  
Membro de Banca



**Luís Felipe Espindola Gouvêa**  
Membro de Banca



**Universidade Federal de Santa Catarina**  
**Centro de Ciências Jurídicas**  
**COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO**

**TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E**  
**ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA**

Aluno: Yan Chede Collaço

RG: 5.635.854

CPF: 051.749.279-29


Matrícula: 14100239

Título do TCC: Poderes instrutórios do juiz: aplicabilidade subsidiária a partir do modelo cooperativo

Orientador: Pedro Miranda de Oliveira

Eu, **Yan Chede Collaço**, acima qualificado; venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, 14 de novembro de 2018.

  
\_\_\_\_\_  
**YAN CHEDE COLLAÇO**

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais – Danilo e Regina – e meus irmãos – Igor e Yago – por todo o empenho dedicado para a minha formação e construção de valores. Em nome de vocês estendo os agradecimentos a todo o restante da família, também foram importantes para meu crescimento.

À Tatiana, carinhosa namorada, por todo zelo e paciência concedidos para que este trabalho se concretizasse.

A todos os meus amigos. Seria desonestidade não cita-los, pelo menos nominalmente, aqueles que me acompanharam durante a graduação: Felipe Molenda, Eduardo Schiefler, Rafael Sbeghen e Pedro Henrique May. Vocês também foram essenciais para a realização deste trabalho.

Aos membros do escritório Mello e Souza & Associados que me inspiram profissionalmente: aos advogados e professores Eduardo de Mello e Souza e Pedro Henrique Reschke, cujas aulas e bibliotecas foram essenciais para despertar o interesse pelo Processo Civil e para a finalização deste trabalho; aos advogados Diordan Canonica (co-orientador que me abriu os olhos para as nuances envolvendo o direito probatório) e Leandro de Souza Corrêa os quais conseguiram, com humildade, demonstrar o “caminho das pedras” nos diversos problemas do cotidiano.

## RESUMO

Reflexos da ideologia ativista e do publicismo processual, no Brasil há uma corrente forte na defesa de uma aplicação ampliadíssima dos poderes instrutórios do juiz. Atualmente, o debate entre o ativismo judicial (que valoriza mais o escopo da jurisdição, defendendo que o Estado possui interesse na resolução do litígio, podendo intervir diretamente) contra o garantismo processual (que valoriza o escopo do processo, defendendo que o papel do Estado é apenas garantir os preceitos da Constituição, não podendo intervir no processo) ganha força e faz repensar a forma de se enxergar os poderes instrutórios. Paralelo a isso o CPC de 2015 inovou na sua forma estrutural, inserindo o modelo cooperativo de processo, no qual não há um protagonista principal entre partes e juiz, sendo a sentença fruto de um amplo debate entre os sujeitos do processo. Nestes termos, defende-se que o CPC de 2015 eliminou a visão ativista perpetrada no CPC de 1973, e realocou os poderes instrutórios do juiz para um caráter subsidiário às partes.

**Palavras-chave:** Processo Civil. Poderes instrutórios do juiz. Direito probatório. Princípio da cooperação. Interpretação subsidiária do artigo 370 do novo CPC.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>8</b>
 <b>CAPÍTULO 1: A ATUAÇÃO DO JUIZ NO PROCESSO CIVIL.....</b>	 <b>11</b>
1.1    A função do juiz nos modelos de processo: dos modelos tradicionais (adversarial e inquisitorial) ao modelo cooperativo do CPC de 2015.....	11
1.1.1    Modelos tradicionais: inquisitorial (e o princípio inquisitivo) e adversarial (e o princípio dispositivo).....	11
1.1.2    O modelo cooperativo e o novo CPC.....	14
1.2    Garantismo processual x ativismo judicial.....	16
1.3    Princípios processuais que regem a atividade do juiz.....	18
1.3.1    Princípio do devido processo legal.....	18
1.3.2    Princípio do contraditório.....	19
1.3.3    Princípio da imparcialidade.....	21
1.3.4    Princípio da igualdade processual.....	23
1.4    Os poderes (e deveres) do juiz no processo civil.....	25
 <b>CAPÍTULO 2: NOÇÕES REFERENTES AO DIREITO PROBATÓRIO.....</b>	 <b>27</b>
2.1    A verdade buscada pelo processo.....	27
2.2    O conceito de prova.....	30
2.3    A finalidade, objeto e destinatário da prova.....	31
2.4    Natureza jurídica do direito probatório.....	34
2.4.1    Teoria materialista.....	35
2.4.2    Teoria processualista.....	36
2.5    Ônus da prova.....	37
2.5.1    Conceito e dimensões (subjetiva e objetiva) do ônus da prova.....	37
2.5.2    Distribuição dinâmica do ônus da prova.....	40

2.6	Sistema de valoração da prova.....	41
<b>CAPÍTULO 3:</b>	<b>PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ: APLICABILIDADE</b>	
	<b>SUBSIDIÁRIA A PARTIR DO MODELO COOPERATIVO.....</b>	<b>45</b>
3.1	Histórico breve: do publicismo processual à ampliação dos poderes instrutórios do juiz no Código de Processo Civil brasileiro.....	45
3.2	Conceito e aplicação dos “poderes instrutórios do juiz”.....	48
3.3	A natureza dos poderes instrutórios do juiz.....	49
3.4	Entre o ativismo judicial e o garantismo processual: a cooperação como forma de aplicação subsidiária dos poderes instrutórios do juiz.....	52
3.4.1	A visão ativista: amplos poderes instrutórios do juiz.....	52
3.4.2	A visão garantista: inexistência de poderes instrutórios do juiz.....	56
3.4.3	A visão cooperativa: poderes instrutórios do juiz subsidiário às partes.....	58
	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>63</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>67</b>



## INTRODUÇÃO

A problemática envolvendo o papel do juiz e das partes no processo é uma preocupação constante da doutrina. Esse debate envolve questões estruturais e ideológicas no campo do processo. A análise dos poderes instrutórios e o papel do juiz na instrução do processo passam entram nessa discussão.

Na vigência do CPC de 1973, surgiu uma grande tendência dos doutrinadores e da jurisprudência em conceder ao juiz amplos poderes para atuar no campo da instrução processual. Essa visão pode ser explicada, principalmente, pelo movimento do publicismo processual que, fruto de uma noção ideológica ativista, enquadra o processo como uma matéria de interesse público. Assim, defende-se que o Estado possui interesse na resolução correta do litígio, devendo, assim, intervir de toda a forma no processo.

Nesse cenário, a figura do juiz inerte, característica de um privatismo, não era mais aceitável, sobretudo no campo da prova. Por isso, defendeu-se que o juiz possuía amplos poderes instrutórios e estava, na instrução, no mesmo eixo horizontal que as partes.

Ocorre que, fruto de um debate acentuado entre o *garantismo processual* (no qual se preocupa em dar mais protagonismo às partes) e o *ativismo judicial* (no qual se preocupa em dar mais protagonismo ao Estado, e, em última consequência, ao juiz), começa surgir uma corrente que defende a completa inexistência de poderes instrutórios por isso afrontar os preceitos básicos da Constituição Federal. Fazem isso demonstrando os perigos em se conceder um protagonismo maior ao juiz.

Ambas as visões estão pautadas nos extremos e ambas demonstram os perigos de um magistrado ativista (e, portanto, protagonista principal) ou de um magistrado garantista (e, portanto, um mero figurante). Isso leva crer que a melhor aplicação está no meio termo, uma aplicabilidade subsidiária.

E nesse cenário surge o CPC de 2015 como o momento correto para repensar atuação de ofício no campo da prova. A introdução do modelo cooperativo de processo, onde não há um protagonismo maior entre os sujeitos do processo de processo se encaixa perfeitamente no centro da controvérsia dos poderes instrutórios.

Assim, este trabalho buscará defender que o modelo cooperativo de processo civil e o princípio da cooperação que estruturam o CPC de 2015 redundam numa

aplicação *subsidiária* dos poderes instrutórios do juiz e não aceitar mais uma concessão ampla, conforme vinha se entendendo grande parte da doutrina.

Para se chegar nessa conclusão, este trabalho foi dividido em três momentos. Num primeiro momento se analisará o papel do juiz no processo civil. Isso parte necessariamente pela sua função nos três modelos estruturais de processo: modelo inquisitivo, modelo adversarial e modelo cooperativo e o debate ideológico entre garantismo e ativismo. Com isso, observará a atividade do juiz em confronto com os princípios do devido processo legal, contraditório, imparcialidade e igualdade processual. Ao fim do primeiro capítulo se falará brevemente dos poderes e deveres concedidos ao magistrado no CPC de 2015

O direito probatório será tratado no segundo momento. Para fazer isso, primeiro delimitará qual é a verdade buscada pelo processo, para, após, entrar nas questões relativas à prova e as polêmicas inerentes ao instituto.

Em relação ao estudo da prova destacará o seu conceito, objeto, finalidade, destinatário e qual a natureza do direito probatório, se material ou processual. Feito isso, entrará em algumas questões reflexas da *prova* que tiveram sensíveis mudanças no CPC de 2015: ônus da prova e sistema de valoração da prova.

Trata-se de um capítulo importante. Para refutar grande parte dos argumentos da defesa por uma concessão ampla dos poderes instrutórios será necessário ter como pressupostos algumas visões que não são pacíficas, como, por exemplo, a existência de uma dimensão subjetiva do ônus da prova, e que o processo jamais poderá traduzir a verdade real dos fatos.

O terceiro momento se aprofundará na seara dos poderes instrutórios. Busca-se fazer um pequeno recorte histórico dos poderes instrutórios no Brasil, explicando as razões para uma visão tão ampliativa ser recorrente aqui no país. Após feito isso, conceituará o instituto e buscará demonstrá-lo que trata-se de uma *faculdade* do juiz e não um *dever*. Por fim, defenderá que a atuação do juiz na seara instrutória, com o modelo cooperativo do CPC de 2015 só poderá de forma *subsidiária* à das partes e, até em alguns casos, *substitutiva* afim de propiciar uma maior debate entre as partes, marco do princípio cooperativo.

O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo, orientado pela pesquisa bibliográfica.

Por fim, destaque-se que a interpretação do art. 370 aqui proposta se dá, apenas no campo abstrato e interpretativo. A atual disposição do código não permite traçar

limites e nem parâmetros para atuação de ofício do juiz. Fazer isso seria presunçoso demais para uma monografia.

## CAPÍTULO 1

### A ATUAÇÃO DO JUIZ NO PROCESSO CIVIL

O objetivo deste primeiro capítulo é examinar a forma como ocorre a atuação do juiz no processo civil. Para tanto, serão analisados os princípios processuais-constitucionais que regem sua atividade, bem o papel do juiz nos modelos tradicionais de processo – inquisitivo e dispositivo – e no chamado modelo cooperativo, apresentado pelo CPC de 2015.

Por fim, com base nas premissas levantadas acima, o capítulo dedicar-se-á aos poderes (e deveres) concedidos ao magistrado com o CPC de 2015.

#### **1.1 A função do juiz nos modelos de processo: dos modelos tradicionais (adversarial e inquisitorial) ao modelo cooperativo do CPC de 2015;**

A doutrina identifica dois modelos clássicos de estruturação do processo: modelo adversarial (guiado pelo princípio dispositivo) e modelo inquisitorial (guiado pelo princípio inquisitivo). São, em sua forma pura, duas maneiras extremas de ver a divisão de trabalho entre as partes e o juiz, separando-se pela quantidade de poderes concedido ao juiz (ou as partes) para conduzir o processo.

Acontece que atualmente, reflexo dos princípios do devido processo legal, da boa-fé processual, entre outros, a doutrina moderna enxerga um novo modelo de estruturação, objeto das transformações sociais do processo: o modelo cooperativo.

A discussão do alcance e aplicabilidade dos poderes instrutórios do juiz fatalmente esbarra na forma de estruturação do processo. As próximas páginas se preocuparão em mostrar um pouco de cada um desses modelos com o enfoque nos poderes do juiz.

##### *1.1.1 Modelos tradicionais: inquisitorial (e o princípio inquisitivo) e adversarial (e o princípio dispositivo)*

Antes de qualquer coisa, é preciso destacar que nenhum ordenamento processual “quimicamente puro” existiu na história do direito. Tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos, por exemplo, notam-se aplicações em dosagem variável de elementos de

ambos os modelos clássicos, inquisitorial e adversarial<sup>1</sup>, podendo se manifestar simultaneamente no mesmo ordenamento, só que em atividades diferentes.

Em sua forma pura, ambos são escalas opostas do protagonismo entre as partes e o juiz no processo civil e os poderes concedidos a cada um dos sujeitos processuais. Dessa forma, quanto menores os poderes do juiz, mais o sistema processual se aproxima do modelo adversarial, e vice-versa.

É importante ressaltar a existência de alegação frequente na doutrina de que o modelo *adversarial* seria um sinônimo de processo liberal (ou democrático) que prevalece nos países democráticos, sobretudo aqueles com aplicação do *Common Law*. Já o modelo inquisitório seria um sinônimo de processo autoritário e encontra-se com mais frequência nos países que adotam um regime intervencionista, com tradição *Civil Law*<sup>2</sup>.

Tal comparação não é satisfatória. Conforme argumenta Fredie Didier Jr., não há relação direta entre aumento de poderes das partes e regimes democráticos, ou aumento do papel do juiz e regimes ditatoriais. Nem processo dispositivo é sinônimo de processo democrático, nem processo inquisitivo significa processo autoritário<sup>3</sup>.

Feita essa breve introdução, é necessário discorrer um pouco sobre cada um desses modelos de estruturação fazendo um paralelo de como ele insere a função do juiz, com enfoque na seara probatória.

O modelo adversarial se desenvolve como um conflito ou disputa entre adversários diante de um árbitro (juiz) relativamente passivo, cuja principal função é decidir o caso baseando-se na atuação das partes. Nesse caso, as partes atuam como protagonista, e o processo se desenvolve, na maior parte, por elas<sup>4</sup>.

Conforme ensina Marcelo Garcia da Cunha<sup>5</sup>, na essência do sistema adversarial não há uma preocupação de obtenção da verdade (real), pois o desenvolvimento do processo ocorre pelo das partes e à habilidade técnica de seus defensores. O modelo

---

<sup>1</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo*. In: *Temas de direito processual civil*: 9ª série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 41.

<sup>2</sup> Essa comparação pode ser observada em BOTELHO, Guilherme. *Direito Estrangeiro e Comparado – generalidades*. Revista de processo n. 243. 2015

<sup>3</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Salvador: Juspodvum, 2017. p. 140..

<sup>4</sup> DIDIER JR., Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. In: DIDIER JR. Fredie. *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Jus Podium, 2013. p. 208.

<sup>5</sup> UNHA Marce, *Notas comparativas entre o sistema adversarial norteamericano e o sistema inquisitorial: qual sistema está mais direcionado a fazer justiça?*. Revista de Processo v. 249.

considera que a passividade do juiz é condição indissociável de sua imparcialidade e, portanto, da justiça de sua decisão uma vez que “*a judge who opens his mouth closes his mind*”<sup>6</sup>. Assim, a intervenção judicial e os poderes do juiz limitam-se apenas ao necessário.

Isto posto, em razão do processo civil ser concebido como uma atividade entre indivíduos, na qual o juiz não possui qualquer papel ativo a desempenhar na produção da prova, os poderes do juiz são voltados à condução do processo e não à formação da prova (incumbência exclusiva das partes), não lhes sendo lícito influenciar, solicitar ou indicar a sua produção. Como se vê, durante a fase probatória, a atividade do magistrado deve suceder da forma mais neutra possível, cabendo-lhe decidir somente com base nas provas apresentadas pelas partes<sup>7</sup>.

Em síntese, na instrução probatória do processo adversarial, o magistrado atua como mero expectador, não intervindo na determinação das provas a serem produzidas.

Tal estruturação é reflexo do princípio dispositivo<sup>8</sup>, utilizado como norte principiológico para formação desse modelo de organização.

O modelo inquisitorial, por sua vez, fundamenta-se como uma forma de pesquisa oficial do Estado para resolução do litígio, sendo o órgão jurisdicional o grande protagonista no desenvolvimento do processo e as partes meras coadjuvantes. Nele, as funções de acusar, defender e julgar encontram-se unificadas num único órgão: o juiz. Isso porque é o juiz que dá início, de ofício, ao processo, ele quem recolhe e determina a produção de provas e, ao final, é ele quem profere a decisão<sup>9</sup>.

Nesse cenário, as partes são meras coadjuvantes do protagonismo principal do juiz. Este, por outro lado, possui amplos poderes para instruir a causa, podendo utilizar outras fontes de prova que aquelas requeridas pelas partes e possui ampla liberdade para conduzir a produção da prova. A busca pela solução “justa” (ou verdade real<sup>10</sup>) é um fim a ser

---

<sup>6</sup> Um juiz que abre a sua boca fecha a sua mente.

<sup>7</sup> VAUGHN, Gustavo Fávero; BRAZIL, Renato Caldeira Grava; RAVAGNANI, Giovanni dos Santos. *As convenções processuais vistas como um possível limite aos poderes instrutórios do juiz*. Revista dos Tribunais, vol. 989.

<sup>8</sup> José Carlos Barbosa Moreira e José Roberto dos Santos Bedaque defendem que a conceituação de princípio dispositivo seja reservada tão somente aos reflexos que a relação de direito material disponível possa produzir no processo. Para tanto, consultar: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Reformas processuais e poderes do juiz*. Temas de direito processual – 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004; BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 91.

<sup>9</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 54

<sup>10</sup> A questão da verdade real será abordada no 2º capítulo.

alcançado, o que justifica um poder de investigação com todo poder estatal.

Aqui, a figura do princípio inquisitivo é utilizada como orientação preponderante do modo de organização processual.

### 1.1.2 O modelo cooperativo e o novo CPC

Mais modernamente, com inspiração nos princípios do devido processo legal, da boa-fé processual, do contraditório e do autorregramento da vontade no processo, surge um terceiro modelo processual: o sistema cooperativo, considerado, por muitos, como o mais adequado para a democracia<sup>11</sup>.

O CPC de 2015 parece ter admitido a influência desse modelo e tido como base principal de sua estruturação ao dispor que *“todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”* (CPC, art. 6º).

O modelo cooperativo é orientado preponderantemente pelo princípio da cooperação. Ele propõe uma condução cooperativa do processo, sem que algum dos sujeitos seja protagonista principal ou esteja em sobreposição às demais partes do processo. Assim, nessa visão organizacional, o processo deixe de ser guiado exclusivamente pela vontade das partes (marca do modelo adversarial) ou conduzido pelo juiz (marca do inquisitivo) e passa a ser conduzido numa atividade cooperativa entre o juiz e as partes.

As palavras de Daniel Mitidiero explicam a forma de estruturação do modelo cooperativo, sob o prisma do princípio cooperativo:

Ela impõe um estado de coisas que tem de ser promovido. O fim da colaboração está em ser elemento para a organização de um processo justo idôneo e alcançar uma decisão justa. Para que o processo seja organizado de forma justa os seus participantes têm de ter posições jurídicas equilibradas ao longo do procedimento. Portanto é preciso perceber que a organização do processo cooperativo envolve - antes de qualquer coisa - a necessidade de um novo dimensionamento de poderes no processo, o que implica necessidade de revisão da cota de participação que se defere a cada um de seus participantes ao longo do arco processual. A colaboração implica revisão das fronteiras concernentes à responsabilidade das partes e do juiz no

---

<sup>11</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Salvador: Juspodvim, 2017. p. 141-142.

processo. Em outras palavras: a colaboração visa a organizar a participação do juiz e das partes no processo de forma equilibrada<sup>12</sup>.

A busca pelo modelo cooperativo é decorrência da concepção moderna na qual o processo é um meio de interesse público na busca da aplicação da tutela do direito ao caso concreto. Assim, exige-se um juiz ativo no centro da controvérsia e a participação ativa das partes, por meio da efetivação do caráter isonômico entre os sujeitos do processo<sup>13</sup>.

Há discussão sobre a existência do dever de colaboração entre as partes dentro do modelo cooperativo. Para Fredie Didier Jr., o princípio da cooperação permeia a relação entre todas as relações jurídicas processuais, por seu reflexo da boa-fé processual. A cooperação entre autor-réu, autor-juiz, juiz-réu, autor-juiz-réu, juiz-perito, perito-autor, perito-réu etc, é “*premissa metodológica indispensável para compreender o conteúdo dogmático do princípio da cooperação*.”<sup>14</sup>.

A divergência é observada nas palavras de Daniel Mitidiero. O autor afirma que a colaboração no processo não implica colaboração entre as partes – já que estas não querem colaborar, vez que obedecem a diferentes interesses. O máximo que se pode esperar é uma colaboração das partes para com o juiz e para com o processo. Para o referido autor, há uma significativa distância entre a boa-fé processual e a exigência de cooperação entre as partes:

Esse ponto é digno de nota: enquanto os deveres de colaboração no plano do direito material tiveram sua origem no campo obrigacional a partir dos estudos ligados à boa-fé, o que acabou desaguando na construção de deveres cooperativos entre as partes, no processo esses deveres não se originam da boa-fé e não podem ser concebidos como deveres que gravam as partes entre si. É que no plano do direito material as partes constroem vínculos jurídicos com uma finalidade comum. Vale dizer: os interesses são convergentes. O adimplemento é o fim do processo obrigacional e domina toda a sua estruturação. Inexiste a princípio qualquer crise que afaste as partes da finalidade comum no plano do direito material. O plano do processo, porém, pressupõe justamente uma ameaça de crise ou uma efetiva crise na realização do direito material. E a partir desse exato momento os interesses das partes deixam de ser convergentes e passam a ser divergentes. Isso obviamente não dispensa as partes de agirem com boa-fé no processo. No entanto, daí para exigência de colaboração entre as partes existe uma significativa distância<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> MIDIDIERO, DANIEL. *A Colaboração como Modelo e como Princípio no Processo Civil*. Disponível em: <[https://www.academia.edu/10250562/Cooperacao\\_como\\_Modelo\\_e\\_como\\_Principio\\_no\\_Processo\\_Civil](https://www.academia.edu/10250562/Cooperacao_como_Modelo_e_como_Principio_no_Processo_Civil)>. Acesso em: 01.11.18.

<sup>13</sup> DONIZETTI, Elpídio. *Princípio da cooperação (ou da colaboração) – arts. 5º e 10 do projeto do novo CPC*. Disponível em :<<https://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/121940196/principio-da-cooperacao-ou-da-colaboracao-arts-5-e-10-do-projeto-do-novo-cpc>>. Acesso em: 01.11.18.

<sup>14</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Salvador: Juspodvim, 2017. p. 149.

<sup>15</sup> MITIDIERO, DANIEL. *A Colaboração como Modelo e como Princípio no Processo Civil*. Cit.



De fato, não se pode esperar que adversários processuais efetivamente colaborem entre si. Isso seria negar todo e qualquer ânimo competitivo que envolve uma disputa judicial. O máximo que se pode exigir das partes é a observância dos deveres de lealdade e veracidade durante a sua atuação no processo.

Feitas essas considerações, é importante traçar a atuação do juiz sob o enfoque do modelo cooperativo. No processo cooperativo busca-se uma constante e ativa participação não só das partes, mas do Juízo como condutor da cooperação com o processo.

A doutrina sistematiza didaticamente os deveres atribuídos ao juiz, em decorrência da adoção do sistema cooperativo. São eles: dever de *esclarecimento*, dever de proteção e dever de consulta. O dever de *esclarecimento* impõe ao juiz a obrigação de esclarecer para as partes as razões adotadas, sendo decorrência do dever de motivar as decisões. A inobservância desse dever gera a possibilidade de o pronunciamento ser atacado por meios de embargos de declaração (CPC, art. 1.022, I). O dever de *prevenção* (ou proteção) impõe ao juiz o dever de apontar os defeitos processuais que comprometam a validade do processo e possibilitando a sua correção. O dever de *consulta* está intimamente relacionado ao contraditório e proíbe que o magistrado decida com base em questão de fato ou de direito, ainda que possa ser conhecida de ofício, a respeito da qual as partes não puderam se manifestar. O juiz, antes de decidir, deverá consultar as partes previamente sobre aquela questão, concretizando o contraditório<sup>16</sup>.

Assim, o juiz cooperador é aquele que assegura aos litigantes o poder de influenciar na solução da controvérsia. É aquele estimula o debate das partes e concretiza o princípio do contraditório e, no campo da prova não poderia ser diferente.

## 1.2 Garantismo processual x ativismo judicial

Inserido no debate entre os modelos estruturais de processo, a temática dos poderes do juiz passa por um aquecido debate ideológico entre as correntes do *garantismo processual* contra o *ativismo judicial*.

Em linhas gerais, tal debate gira em torno: *a)* dos aspectos ideológicos do processo civil; *b)* dos seus sistemas de estruturação – adversarial e inquisitivo; *c)* do papel do

---

<sup>16</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Salvador: Juspodvim, 2017. p. 144-147.

juiz e das partes na relação processual civil; *d*) da dimensão constitucional da jurisdição; *e*) do conteúdo e do significado do devido processo legal; e *f*) da garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório entre outros<sup>17</sup>.

O que é defendido por cada uma das correntes é sintetizado nas palavras de Glauco Gumerato Ramos:

Para uma rápida compreensão daquilo que é defendido por ambas as correntes, é possível adiantar que o *ativismo judicial* defende uma postura mais contundente do juiz para resolver problemas que às vezes não contam com adequada solução legislativa. É dizer: outorga-se ao magistrado um poder criativo que em última análise valoriza o compromisso constitucional da *jurisdição*, e isso ainda que não haja previsão legal que o autorize na respectiva atuação. Já o *garantismo processual* defende uma maior valorização da categoria fundamental *processo* e, consequentemente, da cláusula constitucional do *due process*, de modo a valorizar a ampla defesa, o contraditório e a imparcialidade do juiz, como os pilares de legitimação da decisão jurisdicional a ser decretada. Para o *ativismo*, o juiz deve atuar de maneira a resolver problemas no curso do processo, e isso independente da diligência da parte em postular pelas respectivas soluções, haja ou não autorização legislativa para a atuação do juiz. Para o *garantismo*, o processo é um método no qual o resultado dependerá do efetivo debate entre as partes e de sua diligência em melhor manejar a respectiva atividade<sup>18</sup>.

Esse conflito é mais ideológico do que normativo<sup>19</sup> e visa à interpretação da lei quando insere conceitos abstratos. De toda forma, observa-se uma opção histórica pelo *ativismo judicial* nos sistemas processuais, isso gerou uma valorização do modelo inquisitorial (não puro) em vários institutos processuais, inflando exageradamente a função do juiz no processo e, consequentemente, aumentando seus poderes<sup>20</sup>.

Mas essa está sendo repensada com os grandes avanços dos adeptos ao garantismo processual, inclusive no Brasil<sup>21</sup>.

O movimento garantístico preconiza medidas como *a*) redução do protagonismo judicial, de modo a diminuir seu papel no comando do processo; *b*) ampliação da disponibilidade das partes sobre seus direitos em jogo no processo; *c*) reconhecimento da ampla liberdade das partes para escolher os remédios processuais de seu interesse para definir

<sup>17</sup> RAMOS, Glauco Gumerato. *Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate*. Revista MPMG Jurídico, n. 18, 2009.

<sup>18</sup> RAMOS, Glauco Gumerato. *Repensando a prova de ofício*. Revista Jurídica; órgão nacional de doutrina, jurisprudência legislação e crítica judiciária. n. 402. 2011.

<sup>19</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum - vol.1*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 431

<sup>20</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10ª ed. Salvador. Jus Podvim, 2015. p. 86.

<sup>21</sup> CONJUR. *Em defesa do garantismo, juristas fazem manifesto contra ativismo judicial*. Disponível em :< <https://www.conjur.com.br/2017-ago-29/defesa-garantismo-juristas-fazem-carta-ativismo-judicial>>. Acesso em: 03.11.18.

e produzir os melhores meios de prova que considerem úteis e adequados à defesa de seus interesses disponíveis; *d*) reconhecimento do descompromisso do Judiciário com a apuração da verdade (matéria que deve ficar a encargo das partes)<sup>22</sup>.

Por óbvio, a influência dessa corrente molda a forma de se pensar os poderes do juiz em todo processo, sobretudo aos poderes instrutórios do juiz. Esse assunto será retomado com mais profundidade ao final do presente trabalho.

### 1.3 Princípios processuais que regem a atividade do juiz

A atuação, participação e exercício dos poderes do juiz na direção e instrução do processo são regidos por uma série de princípios processuais, que serão analisados a seguir, para uma melhor compreensão da aplicabilidade na seara instrutória do processo.

#### 1.3.1 Princípio do devido processo legal

A Constituição Brasileira, em seu art. 5º, LIV, declara que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Tal dispositivo é a materialização do princípio do *devido processo legal* no nosso ordenamento jurídico do princípio, que tem origem na cláusula anglo-saxônica do *due process of law*<sup>23</sup>.

Este princípio nada mais é do que uma forma de preservar os valores democráticos do Estado, bem como proteger o jurisdicionado da atuação do estado. Conforme leciona Cândido Rangel Dinamarco:

Ao proclamar genericamente que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" (art. 5º, inc. LIV) quis a Constituição brasileira pôr esses valores sob a guarda dos juízes, não podendo ser atingidos por atos não jurisdicionais do Estado. Quis também proclamar a autolimitação do Estado-juiz no exercício da própria jurisdição, no sentido de que a promessa de exercê-la será cumprida com as limitações contidas nas demais garantias e exigências, sempre segundo os padrões democráticos da República brasileira. O poder estatal exercido pelo juiz sofre todas as limitações inerentes ao Estado de direito democrático, não podendo avançar sobre competências de outros juízes e não podendo, ainda quando eventualmente lhe autorize a lei, exercer o poder de modo capaz de comprimir as

---

<sup>22</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum - vol.1*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 431-432.

esferas jurídicas dos jurisdicionados além do que a Constituição permite<sup>24</sup>.

Por toda essa importância, o *devido processo legal* é elencado como o princípio dos princípios processuais, visto que dele é que se originam outros princípios<sup>25</sup> importantíssimos para o processo como, por exemplo, o contraditório, a ampla defesa, o acesso à justiça, o duplo grau de jurisdição, a publicidade, a motivação, o juiz natural, a inadmissibilidade das provas ilícitas a duração razoável do processo, a eficiência processual, dentre outros.<sup>26</sup>

Atualmente, parte da doutrina assimila a ideia de *devido processo legal* à de *processo justo*. Por processo justo, entende-se como todo aquele que segue os parâmetros idealizados pela Constituição Federal de forma plena. Tal conceito pode ser observado nas palavras de Eduardo dos Santos:

Quando se fala em justo processo ou processo justo, fala-se em processo decidido com base nos parâmetros de justiça estabelecidos na Constituição e não em parâmetros pessoais ou da consciência dos juízes, até mesmo porque, eles não tem legitimidade democrática (não foram democraticamente eleitos) para dizer quais devem ser os padrões sociais, morais ou de justiça adequados para a sociedade, sob pena de se criar uma ditadura do Judiciário, verdadeira aristocracia olímpica de deuses togados<sup>27</sup>.

Assim, nessa concepção de processo justo, o devido processo legal não se preocupa, apenas, com os aspectos formais, ligados ao contraditório e ampla defesa. Há preocupação, também, com os aspectos de ordem substancial, quando se exige do juiz que não seja apenas a “boca da lei”, repetindo a literalidade das normas jurídicas. O juiz precisa complementar a obra do legislador, servindo-se de critérios éticos para que o resultado do processo justo seja – realmente – justo, no plano substancial, mas desde que respeitados os preceitos da Constituição Federal.

Portanto, a atividade jurisdicional do juiz encontra limitação no princípio do devido processo legal ou da tutela jurisdicional efetiva, posto que atua de maneira contrária a qualquer manifestação arbitrária de poder.

### 1.3.2 Princípio do contraditório

O princípio do contraditório, também chamado de bilateralidade da

<sup>24</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 75.

<sup>25</sup> A repetição da palavra *princípio* foi inevitável.

<sup>26</sup> DOS SANTOS, Eduardo. *Princípios Processuais Constitucionais*. Salvador: Juspodvim, 2016. p. 132.

<sup>27</sup> DOS SANTOS, Eduardo. *Princípios Processuais Constitucionais*. Salvador: Juspodvim, 2016. p. 147-148

audiência, consiste em um corolário do devido processo legal<sup>28</sup>. Ele se encontra positivado na Constituição Federal juntamente com o princípio da ampla defesa, em seu art. 5º, LV o qual dispõe que “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são garantidos o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela ineretes*”.

O contraditório é elemento essencial ao processo, já que é pressuposto indeclinável de um processo justo, sem o qual a apreciação judicial é ausente de qualquer valor<sup>29</sup>.

Trata-se de uma garantia de duas dimensões. Primeiramente, garante às partes não só participarem e serem ouvidas no processo (*dimensão formal*), mas de efetivamente exercerem influência na prolação da decisão (*dimensão material*). As palavras de Fredie Didier Jr. demonstram a importância dessa dimensão material do princípio para o Estado Democrático de Direito:

Não adianta permitir que a parte simplesmente participe do processo. Apenas isso não é o suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do órgão jurisdicional. Se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do órgão jurisdicional - e isso é o poder de influência, de interferir com argumentos, ideias, alegando fatos, a garantia do contraditório estará ferida. É fundamental perceber isso: o contraditório não se efetiva apenas com a ouvida da parte; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão.<sup>30</sup>

Ou seja, não basta, somente, dar ciência às partes de cada ato praticado. É imprescindível que elas tenham participação ativa em cada ato no decorrer do processo, bem como que o juiz dê igual oportunidade às partes de se manifestarem, para que, então, profira uma decisão.

Como se vê, o princípio do contraditório garante às partes três modos de participação no processo: o direito de alegar, de pedir e de provar<sup>31</sup>. O contraditório é tão intrínseco ao direito probatório que sua observância é fundamental para que a prova possa emprestar qualquer efeito em outros autos (CPC, art. 372). Ou seja, em última análise, o requisito de validade para a prova é o contraditório.

Destaca-se, ainda, que o contraditório não é apenas uma garantia dos

<sup>28</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*: volume 1. São Paulo: Atlas, 2014. p. 58.

<sup>29</sup> DOS SANTOS, Eduardo. *Princípios Processuais Constitucionais*. Salvador: Juspodvim, 2016. p. 134.

<sup>30</sup> DIDIER JR., Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Salvador: Juspodvim, 2015. p.79

<sup>31</sup> ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*, volume I: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 417.

litigantes, mas é, também, um comando endereçado ao juiz, como imperativo de sua função no processo<sup>32</sup>. Tal questão é observada com muita facilidade no CPC de 2015 em passagens como: **a)** “...*compete ao juiz zelar pelo efetivo contraditório*” (CPC, art. 7º); **b)** “[...] *não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida*” (CPC, art. 9º, caput); ou **c)** “*O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar...*” (CPC, art. 10).

Todos esses artigos são reflexos do princípio do contraditório que regulam a atuação do juiz na condução do processo, impedindo de agir de forma arbitrária.

Portanto, por um lado o contraditório legitima, democraticamente, a sentença do processo vez que garante às partes o direito de influenciar o convencimento do órgão judiciário. Por outro, o contraditório efetivo e real é o único meio de as partes contrabalancearem os poderes do juiz na condução do processo. E, conforme já exposto, ele ganha uma importância maior no modelo cooperativo do processo.

### 1.3.3 Princípio da imparcialidade

O princípio da imparcialidade não possui previsão expressa na Constituição Federal. A doutrina, entretanto, afirma que ele é decorrência lógica do princípio do Juiz Natural.<sup>33</sup>

A imparcialidade do julgador é pressuposto para que a relação processual seja válida<sup>34</sup>. Trata-se de uma garantia da justiça para as partes. Assim, as partes possuem o direito de exigir um juiz imparcial - e o Estado tem o correspondente dever de agir com imparcialidade na solução das causas que são postas ao seu crivo.

Há discussão se o juiz imparcial significa, necessariamente, a mesma coisa que juiz desinteressado, inerte ou passivo<sup>35</sup>. Há quem sustente que a imparcialidade se diferencie da neutralidade na medida em que a imparcialidade evita que o juiz julgue causas de seu próprio interesse, enquanto a neutralidade resulta na consciência do magistrado na sua

<sup>32</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 63.

<sup>33</sup> DOS SANTOS, Eduardo. *Princípios Processuais Constitucionais*. Salvador: Juspodvim, 2016. p. 175

<sup>34</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2015. p.

<sup>35</sup> BRAGA, Sidney da Silva. *Iniciativa probatória do juiz no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 119.

posição de agente político – no qual possui interesse em prolatar a decisão correta ao caso concreto. Assim, a parcialidade não se confunde com uma postura mais ativa do magistrado<sup>36</sup>.

É nesse cenário que surge uma das grandes polêmicas acerca da amplitude dos poderes instrutórios. A grande dúvida, com defensores de todos os lados, é: o juiz, ao determinar a produção de provas de ofício, está substituindo a função das partes e violando a imparcialidade?

Aqui é necessário apresentar ponto e contraponto. A visão que defende que tal situação não ofende o princípio da imparcialidade pode ser observada nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira, que afirma que a determinação de provas *ex officio* em nada fere a imparcialidade, vez que o juiz não possui bola de cristal para saber o resultado final da prova a ser produzida. Assim, não se poderia afirmar que o juiz está beneficiando um dos polos da relação processual:

O uso das faculdades instrutórias legais não é incompatível com a preservação da imparcialidade do juiz. Tal expressão, bem compreendida, não exclui o órgão judicial a vontade de decidir com justiça, e portanto a de dar ganho de causa à parte que tenha razão. A realização da prova irá ajudá-lo a descobrir qual delas a tem, e esse não é resultado que o direito haja de ver com maus olhos. De mais a mais, no momento em que determina uma diligência, não é dado ao juiz adivinhar-lhe o êxito, que tanto poderá sorrir a este litigante como àquele<sup>37</sup>.

José Roberto dos Santos Bedaque vai além: afirma que a parcialidade só existe se o juiz não determinar de ofício uma prova crucial para o deslinde do feito, visto que, para o magistrado, pouco importa quem seja vitorioso no processo, devendo apenas se preocupar com a efetivação justiça:

Não seria parcial o juiz que, tendo conhecimento de que a produção de determinada prova possibilitará o esclarecimento de um fato obscuro, deixa de fazê-lo e, com tal atitude, acabe beneficiando a parte que não tem razão? Para ele não deve importar que vença o autor ou o réu. Importa, porém, que saia vitorioso aquele que efetivamente tenha razão, ou seja, aquele cuja situação da vida esteja protegida pela norma de direito material, pois somente assim se pode falar que a atividade jurisdicional realizou plenamente sua função<sup>38</sup>.

Uma visão diferente é notada nas palavras de José Frederico Marques que afirma que os poderes instrutórios do juiz são limitados à disponibilidade do direito

---

<sup>36</sup> CASTRO, Daniel Penteado de. *Poderes instrutórios do juiz no processo civil: fundamentos, interpretação e dinâmica*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 304.

<sup>37</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Os Poderes do juiz na direção e na instrução do processo*. In: *Temas de direito processual civil* : 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989.

<sup>38</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.110.

material<sup>39</sup>. Caso a lide verse sobre direitos disponíveis, qualquer manifestação dos poderes instrutórios ferirá a imparcialidade do juiz.

O que há a registrar, portanto, é o seguinte: o Código de Processo Civil, embora concedendo poderes instrutórios ao juiz para a descoberta da verdade, preferiu afastá-lo ao máximo de intervenções nesse sentido, para resguardar-lhe a imparcialidade. Em se cuidando de exclusivo *ius dispositivum*, a tarefa de produzir provas e formar a verdade processual pertence quase totalmente às partes<sup>40</sup>.

E, de fato, seria um pouco de inocência acreditar que, por mais que o juiz não possa adivinhar o resultado da prova, ele não saiba a quem aquela prova irá potencialmente beneficiar visto que poderá julgar o mérito pela insuficiência de prova. Portanto, tanto a produção de prova de ofício, quanto a omissão do juiz nesse quesito possuem um potencial para favorecer umas das partes. A imparcialidade é existente. Trata-se de um inescapável efeito colateral dos poderes instrutórios do juiz que não pode ser desconsiderado.

Talvez a harmonia entre os poderes instrutórios e a imparcialidade só poderia ser encontrada no modelo defendido por Glauco Gumerato Ramos, no qual o juiz da instrução é diferente daquele que irá julgar o processo<sup>41</sup>. Trata-se de um modelo instigante, mas o assunto foge um pouco do debate aqui proposto.

De toda forma, é imprescindível para a validade e o prestígio das decisões judiciais inexistência de qualquer dúvida sobre os motivos de ordem pessoal que possam influir na decisão de mérito. Não basta, entretanto, que o juiz, na sua consciência, sinta-se imparcial; é necessário que não suscite em ninguém dúvidas acerca das razões do julgador, sob pena de não pacificação dos conflitos. Daí a possibilidade de se afastar o juiz da lide, diante da possibilidade de suspeição e impedimento previsto nos artigos 134 a 138 do CPC.

#### *1.3.4 Princípio da igualdade processual*

A garantia constitucional da isonomia (CF, art. 5º, caput) evidentemente traz reflexos ao processo e à atuação do juiz. Tamanha sua importância que foi infraconstitucionalizado e positivado no art. 7º do CPC de 2015, que prevê que “*É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades*

<sup>39</sup> Esse assunto será tratado com mais profundidade no terceiro capítulo.

<sup>40</sup> MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil. Vol. II*. Campinas: Millennium, 2003. p. 253.

<sup>41</sup> RAMOS, Glauco Gumerato. Repensando a prova de ofício. *Revista Jurídica; órgão nacional de doutrina, jurisprudência legislação e crítica judiciária*. n. 402. 2011.



*processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais [...]”.*

Nas palavras de Fredie Didier Jr., a igualdade processual deve ser observada em quatro aspectos: **a)** imparcialidade do juiz (equidistância em relação às partes; **b)** igualdade no acesso à justiça, sem discriminação (gênero, raça, nacionalidade, etc.); **c)** redução das desigualdades que dificultem o acesso à justiça, como a financeira, geográfica, etc.; e **d)** igualdade no acesso às informações necessárias ao exercício do contraditório<sup>42</sup>.

Destaca-se que a garantia do direito de igualdade não pode se limitar ao seu aspecto formal, eis que a mera formalidade não é o suficiente para se atingir o fim social do Direito. Trata-se de um princípio traçado numa plenitude substancial, a igualdade real e efetiva<sup>43</sup>, de forma que o juiz deve conduzir o processo equilibrando as desigualdades, satisfazendo a necessidade precípua da jurisdição.

Há quem defenda que o reforço dos poderes instrutórios do juiz é uma medida eficaz para se combater o desequilíbrio substancial entre os litigantes, conforme se extrai nas palavras de Teresa Arruda Alvim:

O juiz, nesse contexto, seria parcial se assistisse inerte, como um espectador a um duelo, ao massacre de uma das partes, ou seja, se deixasse de interferir para tornar iguais partes que são desiguais. A interferência do juiz na fase probatória, vista sob este ângulo, não o torna parcial. Ao contrário, pois tem a função de impedir que uma das partes venha a vencer o processo, não porque tenha o direito, que assevera ter, mas porque, por exemplo, é economicamente mais favorecida que a outra. A circunstância de uma das partes ser hipossuficiente pode levar a que não consiga demonstrar e provar o direito que efetivamente tem. E o processo foi concebido para declarar, *lato sensu*, o direito que uma das partes tenha, e não para retirar direitos de quem os tem ou dá-los a quem não os tem<sup>44</sup>.

Como se vê, é sobre essa ótica de igualdade processual que se insere uma defesa pelos amplos poderes instrutórios do juiz. José Roberto dos Santos Bedaque defende que o princípio da igualdade processual é um importante mecanismo para atenuar o problema da desigualdade processual, ainda que indiretamente, uma vez que a parte “mais fraca” não possui as mesmas condições que a parte “mais forte” de trazer aos autos, as provas necessárias à demonstração do seu direito. Assim, a ausência de iniciativa probatória pelo juiz

---

<sup>42</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Salvador: Juspodvim, 2017. p. 108-109.

<sup>43</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.105.

<sup>44</sup> ARRUDA ALVIM, Teresa. *Reflexões sobre o ônus da prova*. RePro 76. out-dez. p. 142.

corresponde a alguém assistir passivamente o duelo entre o lobo e o cordeiro.<sup>45</sup>

#### 1.4 Os poderes (e deveres) do juiz no processo civil

O juiz, no exercício da atividade jurisdicional que lhe é incumbida, detém poderes delimitados pelo direito e reforçado por deveres e responsabilidades<sup>46</sup>.

Há, na realidade, apenas um único poder-dever do juiz no processo: cumprir com o dever que lhe é incumbido pelo Estado. A doutrina, sobretudo para fins didáticos, apresenta uma série de classificações entre os poderes (e deveres) do juiz no processo civil - que jamais são absolutas<sup>47</sup>.

Assim, para não alongar o presente trabalho, condensa-se os “poderes-deveres” do juiz na distinção entre os poderes relacionados com a condução e direção do processo (atividades-meio) e o poder de decisão (atividade-fim)<sup>48</sup>.

O CPC confere ao juiz os seguintes poderes de direção do processo, na visão de Wambier e Talamini: *a*) poderes de polícia, ao fiscalizar a manutenção da ordem no espaço forense (como, por exemplo, a censura e supressão de expressões ofensivas concedido pelo art. 78 do CPC); *b*) poderes jurisdicionais, ou seja, os poderes que o juiz exerce no seu desempenho na função do processo; *c*) poderes ordinatórios (ou instrumentais), investindo poderes para dar a direção e impulso ao processo (pode ser citado como exemplo o poder de dilatar prazos processuais e de alterar a ordem dos meios de provas, concedido por força do art. 139, VI, do CPC); *d*) poderes instrutórios, possuindo o poder de participar efetivamente da instrução probatória, podendo, por exemplo, questionar testemunhas (CPC, art. 459, §1º); e, por fim *e*) poderes de urgência, podendo no curso do processo, ou até mesmo antes dele, prestar a tutela jurisdicional para afastar situações de grave risco ou de dano irreparável (as tutelas antecipatórias previstas no livro V do Código de Processo Civil).

Há quem diga que o novo CPC ampliou de sobremaneira os poderes

---

<sup>45</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.104

<sup>46</sup> MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. *Poderes Instrutórios do juiz no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2004. 169.

<sup>47</sup> Para consultar as várias teorias: MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. *Poderes Instrutórios do juiz no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2004. 169-180.

<sup>48</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 93.

conferidos ao juiz. O art. 139 possui quatro novos incisos em relação ao seu correspondente do Código de 1973 (art. 125) e, dos quatro, a polêmica acerca do seu alcance se concentra no inciso IV, segundo o qual incumbe ao juiz “*determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária*”.

Tal artigo afeta diretamente todos os poderes de direção do processo, exemplificados acima. No campo probatório não é diferente. Afinal, somando os amplos poderes instrutórios (concedidos pela visão ativista do processo) com uma espécie de “carta branca” para que o juiz garanta a efetividade dos seus provimentos o resultado é um só: a possibilidade de o juiz não só determinar as provas, mas como também *obrigar* que a parte produza a prova requerida por ele. O juiz se torna menos afeto ao diálogo entre as partes mais autoritário o que não é o objetivo do CPC de 2015 – o que leva a crer que o novo código não tolera uma ampla concessão dos poderes instrutórios.

Por fim, em relação à responsabilidade do juiz, o CPC de 2015 apresenta a possibilidade de o juiz responder nas esferas cível, penal e administrativa, em razão da inobservância das suas funções.

## CAPÍTULO 2

### NOÇÕES REFERENTES AO DIREITO PROBATÓRIO

O capítulo anterior esboçou a atuação do juiz no processo civil e as nuances relativas à sua posição dentro dos modelos estruturais de processo. Mas, dentro do estudo dos poderes instrutórios do juiz, é imprescindível, também, discorrer acerca do instituto da prova e das polêmicas que envolvem o direito probatório como um todo.

Tal estudo é de extrema importância para o fim do trabalho. A posição tomada em cada uma das temáticas, (ônus da prova, verdade buscada pelo processo etc) fatalmente influencia em uma conclusão, ou outra, acerca do alcance do *poder instrutório* no processo civil.

Portanto, o presente capítulo se dedicará a conceituar institutos fundamentais em relação à prova e enunciar alguma das polêmicas envolvendo o instituto (sempre se posicionando entre um dos entendimentos expostos).

Seu objetivo é que, ao final, deixar claros os pressupostos adotados para a conclusão do presente trabalho: o modelo cooperativo redundará numa aplicação subsidiária dos poderes instrutórios do juiz.

#### 2.1 A verdade buscada pelo processo

É através do processo que o juiz descobre a “verdade” dos fatos, aplicando, então, a norma apropriada ao caso concreto. Pode-se dizer que a busca pela verdade é um dos principais objetivos do processo, sendo um dos seus fatores de legitimação.

Portanto, antes de se analisar as questões referentes ao direito probatório, e, conseqüentemente, aos poderes instrutórios do juiz, é necessário averiguar qual é a verdade buscada através do processo.

O assunto reveste-se de extrema importância para o entendimento da doutrina que defende amplos poderes instrutórios do juiz. A ampliação dos poderes do magistrado na atividade probatória foi construída sob o fundamento de que o processo é um instrumento público e que deve buscar a verdade (real) dos fatos investigados, reflexos da

visão publicista do processo que vigora no pensamento jurídico atual<sup>49</sup>.

A doutrina processual, por muito tempo, defendia que a verdade real era o objetivo do processo penal, enquanto a verdade formal ficava a cargo do processo civil. Sérgio Arenhart sintetiza o raciocínio da época:

Parte-se da premissa de que o processo civil, por lidar com bens menos relevantes que o processo penal, pode contentar-se com menor grau de segurança, satisfazendo-se com um grau de certeza menor. Seguindo esta tendência, a doutrina do processo civil — ainda hoje muito em voga — passou a dar mais relevo à observância de certos requisitos legais da pesquisa probatória (através da qual a comprovação do fato era obtida), do que ao conteúdo do material de prova. Passou a interessar mais a forma que representava a verdade do fato do que se este produto final efetivamente representava a verdade. Mas ainda assim, reconhecia-se a possibilidade de obtenção de algo que representasse a verdade — apenas ressaltava-se que o processo civil não estava disposto a pagar o alto custo desta obtenção, bastando, portanto, algo que fosse considerado juridicamente verdadeiro. Era uma questão de relação custo-benefício: entre a necessidade de decidir rapidamente e decidir com segurança, a doutrina do processo civil optou pela preponderância da primeira<sup>50</sup>.

Mas atualmente essa dicotomia já não figura mais. José Carlos Barbosa Moreira já alertava que a verdade é só uma independente do processo civil ou penal:

Tampouco parece razoável - e o tema, ao nosso ver, faz jus a consideração especial - a diferença que se estabeleceu entre o campo penal e o civil. Não se repitam aqui as velhas e desmoralizadas trivialidades sobre o caráter mais "grave" dos efeitos da sentença penal em comparação com os da sentença civil. Um pensamento superficial costuma trazer à colação, a tal respeito, a oposição entre decisões que só interessam ao patrimônio e decisões que afetam a liberdade pessoal. É esquecer que no âmbito civil se trata com frequência de problemas relativos a aspectos íntimos e relevantíssimos da vida das pessoas, como ocorre, por exemplo, nos assuntos de família; e também que no processo penal pode igualmente estar em jogo apenas o patrimônio, como acontece quando a infração não é punível senão com multa. No direito brasileiro - e não só nele - a expressão "processo civil" compreende muito mais que a atividade judicial concernente a relações jurídicas de caráter privado. É no processo civil que se discutem e se decidem pleitos atinentes a matérias reguladas pelo direito público (administrativo, tributário, internacional e - *last but not least* - constitucional...), em regra subtraídas, não menos que as de direito penal, ao poder de disposição das partes. Os interesses sujeitos à influência do julgamento nem sempre se cingem à esfera particular dos litigantes: podem tocar a amplas coletividades, quando não à sociedade como um todo. Dizer que o processo penal persegue a chamada "verdade real", ao passo que o processo civil se satisfaz com a denominada "verdade formal", é repetir qual papagaio tolices mil vezes desmentidas. A verdade é uma e interessa a qualquer processo, se bem que a justiça possa (e às vezes deva) renunciar - na área civil e na penal - a sua reconstituição completa, em atenção a outros valores de igual dignidade<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012. p. 4-5.

<sup>50</sup> ARENHART, Sérgio. *A verdade e a prova no processo civil*. Disponível em: < [https://www.academia.edu/214442/A\\_VERDADE\\_E\\_A\\_PROVA\\_NO\\_PROCESSO\\_CIVIL](https://www.academia.edu/214442/A_VERDADE_E_A_PROVA_NO_PROCESSO_CIVIL) >. Acesso em: 01/11/18.

<sup>51</sup> BARBOSA MOREIRA José Carlos. *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas*, in *Temas de direito processual*, 6ª série. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 118.

Tal pensamento é fruto das transformações trazidas pela teoria publicista que trouxeram como objetivo primordial da Jurisdição o interesse em aplicar a tutela do Direito ao caso concreto. Tal norte só seria atingível através de uma ampla investigação da verdade<sup>52</sup>.

Com isso, a ideia de que o processo civil visava uma verdade formal (que deixava a comprovação dos fatos a critério exclusivo das partes), acabou por, gradualmente, ser afastada pela doutrina e tal dicotomia entre processo civil e processo penal se mostra, atualmente, inexistente.

Mas, ainda que a verdade formal não seja mais a finalidade do processo civil, não se pode dizer (nem acreditar) que o processo procure aferir a verdade substancial do acontecimento, eis que se trata de um ideal inatingível pelo conhecimento limitado do homem<sup>53</sup>.

Isso acontece por algumas razões. Primeiro, prova dificilmente conseguirá reconstruir um fato pretérito<sup>54</sup>. Segundo, é impossível dissociar a subjetividade da análise do fato. Qualquer um que observe um acontecimento estará contaminado com experiências pessoais que interferem no jeito que se enxerga uma “verdade”.

Há outro fator que torna ainda mais acentuado o problema. As partes possuem interesses antagônicos e, portanto, postulam com base em “verdades” que melhor convém para a defesa dos seus interesses. Pierro Calamandrei assevera:

A querela entre os advogados e a verdade é tão antiga quanto a que existe entre o diabo e a água benta. E, entre as facécias costumeiras que circulam sobre a mentira profissional dos advogados, ouve-se fazer seriamente esta espécie de raciocínio: — Em todo processo há dois advogados, um que diz branco e outro que diz preto. Verdadeiros, os dois não podem ser, já que sustentam teses contrárias; logo, um deles sustenta a mentira. Isso autorizaria considerar que cinquenta por cento dos advogados são uns mentirosos; mas, como o mesmo advogado que tem razão numa causa não tem em outra, isso quer dizer que não há um só que não esteja disposto a sustentar no momento oportuno causas infundadas, ou seja, ora um ora outro, todos são mentirosos<sup>55</sup>.

Isto posto, a verdade real deve ser utilizada apenas como diretriz axiológica

<sup>52</sup> BERMUDEZ, Sérgio. *Direito processual civil: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 50-51

<sup>53</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum - vol.1*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 57

<sup>54</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10ª ed. Salvador. Jus Podvim, 2015. p. 46

<sup>55</sup> CALAMANDREI, Pierro. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. Trad. Eduardo Brandão, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 121

para que o magistrado busque sua convicção<sup>56</sup> e a jurisdição atinja seu fim, mas não pode ser utilizada com o fim do processo, porque, como visto, a verdade real, “verdade verdadeira”<sup>57</sup>, é inatingível.

Assim, ainda que todos os sujeitos do processo se esforcem para a reconstrução dos fatos, o resultado desse conjunto probatório não será nada mais que um juízo de verossimilhança e probabilidade do fato – o que não se confunde com o próprio fato em si, conforme leciona Arenhart:

Por todo o visto, conclui-se que o mito da verdade substancial tem servido apenas em desprestígio do processo, alongando-o em nome de uma reconstrução precisa dos fatos que é, em verdade, impossível. Por mais laborioso que tenha sido o trabalho e o empenho do juiz no processo, o resultado nunca será mais que um juízo de verossimilhança, que jamais se confunde com a essência da verdade sobre o fato (se é que podemos afirmar que existe uma verdade sobre um fato pretérito)<sup>58</sup>.

Portanto, é possível dizer que a verdade que se preocupa o processo civil não é nem a verdade real, nem a verdade formal, é aquela verdade possível, verossímil ou uma verdade processualmente válida.

## 2.2 O conceito de prova

Conceituar prova é uma atitude ingrata já que ela, por definição, é palavra polissêmica<sup>59</sup>. Trata-se de vocábulo de origem latina, derivado do verbo *probatio* (probo, as, are) – provar, ensaiar, examinar, reconhecer por experiências, aprovar, persuadir alguém de alguma coisa, demonstrar<sup>60</sup>.

Apesar de cada ciência poder apresentar um conceito diferente da palavra prova. Pode-se dizer que, genericamente, o vocábulo é associado como controle de uma proposição, servindo como uma espécie de “prova real” da afirmação:

Talvez o exemplo mais apropriado para elucidar esse conteúdo comum do conceito se tem na antítese entre a operação aritmética e a prova da operação: não se pensa na prova antes que a operação seja cumprida e se pensa nela só para controlar o novo resultado, que aquela leva a afirmar.<sup>61</sup>

<sup>56</sup> CASTRO, Daniel Penteado de. *Poderes instrutórios do juiz no processo civil: fundamentos, interpretação e dinâmica*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 126.

<sup>57</sup> A expressão é de BERMUDEZ, Sergio. *Introdução ao processo civil*. Rio de Janeiro, Forense, 2010. p. 128

<sup>58</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART. Sérgio Cruz. *Prova e Convicção: de acordo com o CPC de 2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais. p;

<sup>59</sup> ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro, volume II: parte geral: institutos fundamentais: tomo 2*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 61.

<sup>60</sup> SANTOS, Moacir Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1983. p.1.

<sup>61</sup> CARNELUTTI, Francesco. *A prova cível*. S p. 73

Mas, para o processo, apenas isso não é suficiente para demonstrar toda a importância da prova. A amplitude de seu conceito só pode ser observada ao se resumir à função da prova no processo.

Perceba-se: o processo soluciona litígios originados dos fatos e normas jurídicas invocadas pelas partes (*ex facto ius oritur*)<sup>62</sup>. Se as questões suscitadas pelas partes forem exclusivamente de direito, o juiz deve resolvê-la logo após a fase postulatória, sem a necessidade instruir o processo.

Mas se a questão controvertida estiver sustentada em fatos é necessário um substrato probatório, construído com base em provas, que formarão a convicção do juiz. Aí, para que a sentença corretamente aplique o direito ao caso concreto, é necessário não só que o juiz se certifique da veracidade dos fatos alegados (*aspecto objetivo*), mas também que se convença acerca da situação jurídica objeto de prestação jurisdicional (*aspecto subjetivo*). Tudo por meio da prova<sup>63</sup>.

Ou seja, o conceito de prova, em sentido jurídico, sobretudo no processo, é ramificado em duas dimensões diversas: dimensão objetiva e dimensão subjetiva<sup>64</sup>. A dimensão objetiva do conceito de prova, no processo civil, representa o instrumento que demonstra a existência do fato; a dimensão subjetiva é a própria convicção que se forma no espírito do julgador a respeito da existência ou inexistência de fatos alegados no processo.

### 2.3 A finalidade, objeto e destinatário da prova

Toda prova há de ter um *objeto*, uma *finalidade* e um *destinatário*. É importante, nesse subitem, apresentar um pouco de cada um desses elementos probatórios.

Majoritariamente, o objeto da prova são os fatos sobre os quais versam a ação e precisam ser verificados. Entretanto, a questão não é pacífica. Parte da doutrina defende que o objeto da prova é a *alegação* do fato, conforme defende Cândido Rangel Dinamarco

provar é demonstrar que uma alegação é boa, correta e portanto condizente com a verdade. O fato existe ou inexistente, aconteceu ou não aconteceu, sendo portanto

---

<sup>62</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum - vol. 1*. Rio de Janeiro, Forense, 2017, p. 875.

<sup>63</sup> SANTOS, Moacir Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 2.

<sup>64</sup> LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 26



insuscetível dessas adjetivações ou qualificações. As alegações, sim, é que podem ser verazes ou mentirosas – e daí a pertinência de prová-las, ou seja, demonstrar que são boas e verazes.<sup>65</sup>

Noutro viés, Humberto Theodoro Júnior refuta tal pensamento, afirmando que provar a alegação do fato é justamente demonstrar a existência do fato *per se*. Portanto, o objeto da prova são os fatos, e não as alegações:

Há quem afirme que a prova não versa sobre os fatos, mas sobre as legações feitas pelas partes. Contudo, o que são tais alegações senão afirmação de fatos dos quais se extrai a pretensão que se deseja atuar em juízo? Portanto, provar a alegação consiste justamente em demonstrar a ocorrência de tais fatos<sup>66</sup>.

Mas, independente da posição adotada, o objeto da prova recai sobre os fatos, independente se é a alegação deles ou não. Entretanto, seu objeto não são todos os fatos (ou alegações de fatos) postos à apreciação judicial, mas tão somente os fatos *controvertidos*, *relevantes* e *determinados* é que recaem a atividade instrutória.

Primeiro, o fato probando deve ser *determinado* no tempo e no espaço, ou seja, deve portar especificidades que o diferencie dos demais. Segundo, devem ser provados apenas os fatos que tenham relação com a causa ajuizada. O fato provado deve ser somente aquele *relevante* para influir na decisão, em atenção à economia processual<sup>67</sup>. Por fim, o objeto da prova recai apenas ao fato *controverso*, visto que não dependem de provas os fatos incontroversos (CPC, art. 374).

Ainda, por determinação legal, há fatos que independem de prova (CPC, art. 374). São eles os fatos: *a)* notórios; *b)* afirmados por uma e confessados pela parte contrária; e *c)* em favor milita presunção legal de existência ou veracidade.

Agora, para se definir a *finalidade* da prova, é necessário relembrar dos subitens anteriores, sobretudo no que tange à verdade buscada pelo processo. Já que não é possível se atingir a verdade real por várias razões, conforme demonstrado no subitem anterior, logicamente, não se pode afirmar que a finalidade da prova é a de traduzir uma verdade:

Quando se afirma que a prova não pode traduzir a verdade, alude-se a uma ideia que há muito tempo está presente na filosofia. O que se quer dizer, mais precisamente é que a essência da verdade é inatingível. E não apenas pelo processo, mas qualquer

<sup>65</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituição de Direito Processual Civil*, v. 3. São Paulo: Malheiros, p. 58

<sup>66</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum* - vol. 1. 58 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 880

<sup>67</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10ª ed. Salvador. Jus Podvim, 2015. p. 53.

mecanismo que se preste a verificar um fato passado. Apesar de isso ser absolutamente óbvio em outros setores do conhecimento, o direito não consegue se livrar do peso da ideia de que o juiz, para aplicar a lei ao caso concreto, deve estar “iluminado pela verdade”<sup>68</sup>.

Assim, pode-se afirmar que a finalidade da prova, para o processo, não é moral nem filosófica, mas sim prática: permitir a formação da convicção quanto à existência dos fatos (ou da alegação do fato) em que se desenvolve a atividade probatória. Em outras palavras, convencer o juiz.

Mas não há uma outra finalidade, ainda que subsidiária. Fredie Didier Jr. alerta que a finalidade da prova não se esgota na formação da convicção do juiz. Há também a finalidade de permitir que as próprias partes se convençam de que são titulares das situações jurídicas litigiosas. Nesse cenário, a prova assume a importante finalidade de indicar à parte qual a sua chance de êxito e, por óbvio, determinar qual será o seu comportamento no processo, ou mesmo antes dele<sup>69</sup>.

Por fim, o destinatário último da prova é o juiz. Afirma-se que é o “último” porque a questão também é alvo de grandes debates doutrinários. Parte da doutrina (corretamente) sustenta que o destinatário da prova é o processo, visto que a prova também pode convencer as partes, influenciando suas condutas dentro e fora do processo. Ainda, argumentam que uma das materializações do princípio da cooperação está na mudança de paradigma do destinatário da prova<sup>70</sup>.

Nessa linha, afirmam que o direito à prova deve ser considerado irrestrito e, ao considerar o juiz como único destinatário da prova, abrirá margem para que ele possa indeferir provas, sob o argumento de que já está convencido:

o juiz não é - e não pode - ser considerado como o único destinatário da prova. A prova é produzida para muito além da exclusiva convicção do juiz. O processo, no Estado Constitucional de Direito, transcende o individual em favor da resposta devida e esperado não só pelo jurisdicionado em litígio, mas por toda a coletividade. A verdade, ainda que relativa, tem de ser concebida como um objetivo essencial do processo, sendo uma condição necessária para a concretização de um processo justo. Por isso, um contraditório forte baseado em um processo de corte cooperativo é

---

<sup>68</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sergio Cruz. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 97-98

<sup>69</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Salvador: Jus Podvim, 2015. p. 50.

<sup>70</sup> Enunciado 50 do Fórum Permanente de Processualista Civis (FPPC): *Os destinatários da prova são aqueles que dela poderão fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados não sendo a única a função influir eficazmente na convicção do juiz.*

indispensável. Consequente o direito à prova deve ser irrestrito<sup>71</sup>.

Mas é inegável que essa consequência é, pelo menos, reflexa. Sendo a prova o modo pelo qual o juiz conhece os fatos que envolvem o litígio posto à apreciação da jurisdição, é evidente que o interesse em provar está intimamente ligado ao interesse de conduzir a prova ao juiz, pois é a este que cabe sentenciar o caso, a partir do convencimento que tiver fatos.

Por isso, toda a atividade probatória no curso do processo deve ser direcionada ao juiz, que é o destinatário final da prova, independente da opinião que a parte possa ter acerca dos fatos<sup>72</sup>.

## 2.4 Natureza jurídica do direito probatório

A identificação da natureza jurídica da prova é de extrema relevância, teórica e prática, para o presente trabalho. Isso porque, a partir da sua natureza, é possível determinar questões importantes, como, por exemplo, os conflitos da lei no tempo e no espaço, a forma de defesa e, ainda, a análise dos poderes instrutórios do juiz.

Isso ganha contornos mais interessantes visto que o que se propõe, aqui, que a alteração legislativa e inserção do modelo cooperativo no processo civil trouxe uma ruptura pelo modo de se analisar a iniciativa probatória de ofício. Caso se pense que a norma sobre provas tenha natureza material, a conclusão do presente trabalho ficaria limitada apenas aos processos ajuizados na vigência do novo CPC, caso se pense que a natureza é processual, refletirá em todos os processos, incluindo os já ajuizados.

Portanto, a natureza jurídica da prova, de fato, é matéria polêmica e divide a doutrina em três correntes: materialista, processualistas e mistas. É necessário, ainda que brevemente, apresentar os argumentos das duas principais correntes: materialista e processualista.

---

<sup>71</sup> LANES, Júlio Cesar Goulart; POZATTI, Fabrício Costa. *O juiz como o único destinatário da prova (?)*. In DIDIER JR., Fredie; JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, Wiliam Santos. *Direito probatório*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 5. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 107-108.

<sup>72</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo de conhecimento e tutela provisória)*, volume 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 227-228.

### 2.4.1 Teoria materialista

O maior argumento da teoria materialista é a indissociabilidade entre direito e prova. Ter o direito e não conseguir prová-lo seria o mesmo que não ter o direito. Assim, a prova é condição *sine qua non* para exercício do direito, de modo que, em ausência de prova, o direito se torna inexistente e, como consequência, não nasce o direito de ação, tampouco o processo.

Os defensores dessa teoria, ainda, recorrem para insegurança jurídica e o desrespeito à vontade das partes, caso as questões relativas à prova estivessem inseridas no plano processual. Isso porque, ao contratar, as partes fazem com base na lei vigente e sob influência do ordenamento jurídico na execução do contrato. Ou seja, a prova entra na questão da previsibilidade da execução dos negócios jurídicos. Sobre esse argumento, Hermenegildo de Souza Rego, apresenta o seguinte hipótese, levantada por Chiovenda:

A primeira hipótese, levantada por Chiovenda, é a do contratante que, depois de promulgada uma lei que admite a prova testemunhal, pleiteia o cumprimento de um contrato que diz ter celebrado antes da nova lei. O réu nega a existência do contrato. E, em tal hipótese, não se saberia em que apoiar qualquer oposição que esse réu fizesse ao uso, pelo autor, da prova testemunhal inadmissível, ao tempo em que o contrato teria (segundo ele) sido celebrado, já que, negando essa celebração, evidentemente nega o réu qualquer vontade de exclusão da prova testemunhal, que só poderia ter sido implicitamente manifestada se o contrato tivesse sido celebrado<sup>73</sup>.

O terceiro argumento levantado pela corrente materialista é de que a prova pode ser alheia ao processo. Isto é, a prova poderá ser providenciada antes de ir a juízo e, sobretudo, independente de se pretender levá-la a juízo. Assim, a prova nem sempre servirá para formar a convicção do julgador, ela pode simplesmente formar o convencimento do jurisdicionado sobre o fato probando e o direito material que se reputa existente, de modo que avalie a validade de se entrar com o processo para discutir. Fredie Didier Jr., defendendo esse argumento, explica a existência de provas em três planos:

há prova: i) extraprocessual, que independe de qualquer processo (ex.: vistoria em imóvel locado); ii) pré-constituída, produzida para ser lavada a um processo (ex.: os instrumentos); ou iii) processual, produzida no processo e, muitas vezes, também para o processo (ex.: produção antecipada de prova testemunhal ou a perícia judicial<sup>74</sup>.

<sup>73</sup> REGO, Hermenegildo de Souza. *Natureza das normas sobre prova*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985, p. 29

<sup>74</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Salvador. Jus Podvim, 2015. p. 81

Por fim, a teoria materialista defende que a prova não condiciona o processo, mas sim a decisão acerca do direito material, posto que a sentença não é nada além da declaração do direito material alegado.

Assim, em síntese, os argumentos da corrente materialista são: **a)** a indissociabilidade entre o direito e a prova; **b)** o desrespeito à vontade das partes; **c)** a não exclusividade da prova e processo; e **d)** as provas condicionam a decisão sobre o direito material, e não o processo.

#### 2.4.2 Teoria processualista

Apesar dos razoáveis argumentos da teoria materialista, é a teoria processualista que se encontra o maior número de adeptos<sup>75</sup>.

O principal argumento da corrente processualista para afirmar a natureza processual das normas sobre prova é dizer que ela, a prova, destina-se à formação da convicção do julgador (dimensão subjetiva do conceito de prova), e não aos interesses da parte. É através dela que se busca a melhor forma de Justiça (ou chegar à verdade dos fatos) - e não a atender interesses privados.

Alexandre Freitas Câmara fomenta a discussão na doutrina brasileira, afirmando que o caráter processual da norma visto que ela é um instrumento que dispõe o Estado para exercer a jurisdição:

Parece-me que as normas sobre prova têm natureza processual, pois regulam o meio pelo qual o juiz formará sua convicção, a fim de exercer a função jurisdicional. Esta é, como se sabe, a função de toda a norma processual - a regulamentação dos instrumentos de que dispõe o Estado para exercer a jurisdição. Não se pode confundir tais normas com as que regulam a forma de determinados atos jurídicos (como o dispositivo que exige instrumento público para o contrato de compra e venda de bens imóveis), pois estas possuem caráter material (estando ligadas à própria validade dos atos jurídicos, pois que a forma é, nessas hipóteses, determinada *ad substantiam*)<sup>76</sup>.

Dessa forma, os defensores da teoria processualista afastam a alegação de “desrespeito à vontade das partes”, sob o argumento de que a alteração das normas sobre prova é feita - pelo menos na teoria - porque o legislador encontrou algum meio melhor, além do já utilizado, para satisfação do objetivo primordial da jurisdição: aplicar a tutela correta ao

<sup>75</sup> Para consultar os clássicos defensores da teoria processualista: REGO, Hermenegildo de Souza, *Natureza das normas sobre prova*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985, p. 34.

<sup>76</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil: volume 1*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 432-433

caso concreto<sup>77</sup>. Portanto, não faz sentido o juiz admitir meios de prova considerados, pelo legislador, como ultrapassados ou inconvenientes, em atenção aos direitos privados das partes.

A teoria processualista parece ser a adotada pelo o CPC de 2015. Isso porque, concedendo ao juiz poderes instrutórios, inclusive para determinação de provas *ex officio*, o legislador retirou a prova do campo da disponibilidade das partes e, conseqüentemente, tratou a matéria como de direito público (gênero a que pertence o processo), e não ao direito privado (gênero que pertence o direito material).

## 2.5 Ônus da prova

A temática relativa ao ônus da prova no processo civil é extensa e alvo de várias discussões, não sendo o presente trabalho o local apropriado para abordar todos os assuntos referente a temática.

Assim, após uma breve conceituação, optou-se por trazer apenas dois tópicos referentes ao ônus da prova – de extrema importância para a análise dos poderes instrutórios do juiz: a definição se o ônus da prova pode ser considerado como, apenas, regra de julgamento, bem como a distribuição dinâmica do ônus da prova, inserida no CPC de 2015.

### 2.5.1 Conceito e dimensões (subjéctiva e objectiva) do ônus da prova

No direito processual, *ônus* é o encargo cuja inobservância pode situar o sujeito em situação de desvantagem. Não se trata de uma obrigação e, por isso, seu cumprimento não é exigível. O sujeito a quem recai o ônus possui o interesse em observá-lo a fim de evitar qualquer desvantagem processual para que possa advir da inobservância do encargo<sup>78</sup>.

O ônus da prova, portanto, é a responsabilidade que se atribui um sujeito para demonstrar os fatos que servirão de base para o julgamento da demanda. Esse encargo

---

<sup>77</sup> REGO, Hermenegildo de Souza, Natureza das normas sobre prova. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985, p. 29

<sup>78</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10ª ed. Salvador. Jus Podvim, 2015. p. 106-107

pode ser atribuído legalmente, pelo juiz ou por convenção das partes.

Conforme afirma José Carlos Barbosa Moreira, deve-se observar as regras atinentes ao ônus da prova em duas dimensões (ou funções): a dimensão formal (ou subjetiva) e material (ou objetiva)<sup>79</sup>.

Numa dimensão subjetiva, o ônus da prova funciona como *norma de procedimento*. Nesse aspecto, ele serve como orientação as partes sobre qual a sua parcela de responsabilidade na formação do material probatório. Tais regras determinam o encargo probatório, estabelecendo prévia e abstratamente a quem cabe o ônus de provar as alegações de fato.

Dessa forma, estando a parte ciente de que sua vitória processual depende da demonstração cabal do fato e de sua responsabilidade, a consequência evidente será o esforço dessa parte em demonstrar a realização do fato. Vale-se, aqui, das palavras de José Carlos Barbosa Moreira:

O desejo de obter a vitória cria para o litigante a necessidade, antes de mais nada, de pesar os meios de que se poderá valer no trabalho de persuasão, e de esforçar-se, depois, para que tais meios sejam efetivamente utilizados na instrução da causa. Fala-se, ao propósito, de ônus da prova, num primeiro sentido (ônus subjetivo ou formal)<sup>80</sup>.

Na perspectiva objetiva, o ônus da prova é a regra legal que vai permitir ao juiz resolver a lide, afinal, é vedado ao juiz postergar o julgamento com base no *non liquet*<sup>81</sup>, ainda que a parte a quem recaia o ônus de produzir a prova não tenha cumprido. Aqui, vale-se, de novo, das palavras de José Carlos Barbosa Moreira:

A circunstância de que, ainda assim, o litígio deva ser decidido torna imperioso que alguma das partes suporte o risco inerente ao mau êxito da prova. Cuida então a lei, em geral, de proceder a uma distribuição de riscos: traça critérios destinados a indicar, conforme o caso, qual dos litigantes terá de suportá-los, arcando com as consequências desfavoráveis de não se haver provado o fato que Ihe aproveitava. Aqui também se alude ao ônus da prova, mas num segundo sentido (ônus objetivo ou material)<sup>82</sup>.

---

<sup>79</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Julgamento e ônus da prova*. Temas de Direito Processual Civil – segunda série. São Paulo: Saraiva, 1988.

<sup>80</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Julgamento e ônus da prova*. Temas de Direito Processual Civil - segunda série. São Paulo. Saraiva. 1988.

<sup>81</sup> CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012. p. 131.

<sup>82</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Julgamento e ônus da prova*. Temas de Direito Processual Civil - segunda série. São Paulo. Saraiva. 1988.

Na dimensão objetiva, as regras do ônus da prova não são regras de procedimento. São regras de *julgamento*: orientam o juiz quando há uma incerteza acerca da matéria de fato, possibilitando-o julgar mesmo que as partes não se desvencilhem de seu ônus probatório<sup>83</sup>.

Portanto, as regras que disciplinam a distribuição do ônus da prova são tanto regras dirigidas às partes, na medida em que orientam quem precisa provar (ônus subjetivo), como também são regras de julgamentos dirigidas ao órgão jurisdicional, tendo em vista que o orientam sobre como decidir em caso de insuficiência das provas produzidas (ônus objetivo) para evitar o *non liquet*.

Vale ressaltar que as dimensões das teorias sobre ônus da prova são outro assunto polêmico na doutrina e jurisprudência. Há uma parcela de defensores da teoria de que o ônus da prova se aplica apenas numa dimensão formal, ou seja, como regra de julgamento<sup>84</sup>.

Com o devido respeito, não se pode concordar com tal posicionamento. A ótica do ônus da prova como regra de procedimento é de extrema relevância para o processo e para o sistema democrático de prestação jurisdicional vez que estimula um maior diálogo e cooperação, direcionada a alcançar uma prestação jurisdicional efetiva e justa<sup>85</sup>. As palavras de Maurício Ferreira da Cunha não destoam:

Minimizar a importância do ônus da prova enquanto regra de estruturação da atividade probatória significa ignorar o caráter dialético do processo decorrente da cooperação mútua. A democracia participativa e o exercício ativo da cidadania, em questões processuais, é algo que, mais do que ser estimulado, necessita ser respeitado. No Estado Constitucional, a democracia se molda num procedimento permeado pela observância e garantia do contraditório, através da qual os sujeitos processuais desempenham suas respectivas atividades, não apenas alegando, mas também requerendo e produzindo provas. Entendemos como condição essencial, sob a égide democrática, que devem ser destacadas a importância e também o significado de representação da função subjetiva do ônus probatório. Não se aceita, por óbvio, que as regras legais somente interessem diante da ausência de uma prova eficaz que resulte em certeza do juízo, tampouco que as ditas regras somente devem

---

<sup>83</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10ª ed. Salvador. Jus Podvim, 2015. p. 110

<sup>84</sup> Cita-se, à título de exemplo as palavras de Trícia Navarro Xavier Cabral: “...verifica-se que a regra do ônus da prova se mostra mais apropriada para atender ao juiz no momento do julgamento, e não às partes, quando na instrução da causa. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012. p. 135.

<sup>85</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum* - vol. 1. 58 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 904



ser aplicadas caso uma determinada circunstância de fato não tenha sido demonstrada, como, infelizmente, boa parte da doutrina ainda se posiciona<sup>86</sup>.

Portanto, é fundamental enxergar o ônus da prova sob as duas dimensões, sob pena de incorrer em grave afronta ao Estado Constitucional e ao modelo *cooperativo* de processo, visto que é a dimensão subjetiva que estimula o dialogo entre as partes.

### 2.5.2 Distribuição dinâmica do ônus da prova

Em regra, o CPC de 2015 adotou a teoria estática do ônus da prova - no qual incube ao autor a prova do fato constitutivo, enquanto ao réu cabe provar a existência de fato que impeça, modifique ou extinga o direito do autor. Entretanto, traz uma inovação: a possibilidade de aplicação, excepcional, da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova (CPC, art 373, §1º).

A distribuição dinâmica do ônus da prova nada mais é do que imputar o ônus probatório àquele que possui maiores condições de provar o fato ou se o fato por “impossível” ou “excessivamente difícil” para uma parte provar, independente de se tratar de fatos constitutivos (que incube ao autor) ou de modificativos ou extintivos (que incube ao réu).

A aplicação da teoria da distribuição dinâmica é uma decorrência lógica do *devido processo legal* e do *princípio da cooperação* sendo um grande utilitário na busca da verdade processual e do fornecimento de uma tutela jurisdicional adequada.

Destaca-se que a distribuição dinâmica não se confunde com a inversão do ônus da prova (como a existente nas relações consumeristas) – apesar de serem parecidas. A distinção ocorre vez que a inversão é atribuída prévia e abstratamente, enquanto a distribuição dinâmica do ônus da prova é aplicada apenas no caso concreto. As palavras de Eduardo Cambi são didáticas:

Com efeito, na distribuição dinâmica do ônus da prova, não há uma verdadeira *inversão*, porque só se poderia falar em inversão caso o ônus fosse estabelecido prévia e abstratamente. Não é o que acontece com a técnica da distribuição dinâmica que se dá no *caso concreto*. O magistrado continua sendo o gestor da prova, agora com poderes ainda maiores, porquanto, ao invés de partir do modelo clássico (CPC-73, art. 333), para depois *inverter o onus probandi* (CDC, art. 6º, inc. VIII), cabe

---

<sup>86</sup> CUNHA, Maurício Ferreira. *Ônus da prova, dinamização no novo CPC*. In DIDIER JR., Fredie; JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, Wiliam Santos. *Direito probatório*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 5. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 397.

verificar, no caso concreto, quem está em melhores condições de produzir a prova e, destarte, distribuir este ônus entre as partes (NCPC, art. 373, §1º)<sup>87</sup>.

A lacuna deixada pelo CPC de 2015 gera certa discussão se as partes podem requerer a aplicação da distribuição dinâmica do ônus probatório ou se o magistrado deve agir de ofício. O entendimento atual é de que, tendo em vista a existência de poderes instrutórios do juiz bem como o princípio da cooperação que norteia o CPC de 2015, é razoável dizer que tanto as partes podem requerer sua aplicação e, em algumas hipóteses que as partes assim não o façam, subsiste o poder do juiz em determiná-la de ofício – desde que respeitado o contraditório (CPC, art. 373, §1º) e a vedação à decisão surpresa (CPC, art. 10)<sup>88</sup>.

É preciso destacar, ainda, que o poder do juiz para aplicar a distribuição dinâmica não é discricionário. Há limites materiais e formais impostos para aplicação da teoria<sup>89</sup>.

Os limites *materiais* são: **a)** o litigante onerado deve se encontrar em posição privilegiada, por estar na posse da coisa ou instrumento probatório, ou por ser o único que dispõe da prova (CPC, art. 373, § 1º); e **b)** o ônus dinâmico não pode ser aplicado simplesmente para compensar a inércia ou a inatividade processual do litigante inicialmente onerado, mas única e tão somente para evitar a formação da prova diabólica diante da impossibilidade que recai sobre uma das partes (CPC, art. 373, § 2º).

Os limites *formais* são que a decisão precisa ser devidamente fundamentada, e não pode se dar na sentença, para não retirar a oportunidade da parte de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

## 2.6 Sistema de valoração da prova

Conforme já visto nos itens anteriores, o objetivo da prova é formar a convicção do magistrado, que deve avaliá-las para que aplique a tutela ao caso concreto.

---

<sup>87</sup> CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova). In DIDIER JR., Fredie; JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, Wiliam Santos. Direito probatório. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 5. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 333.

<sup>88</sup> ARDITO, Gian. *O ônus da prova no Novo Código de Processo Civil: a excepcionalidade da aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova*. In. DIDIER JR., Fredie; JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, Wiliam Santos. *Direito probatório*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 5. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 360.

<sup>89</sup> CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova). In DIDIER JR., Fredie; JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, Wiliam Santos. Direito probatório. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 5. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 344.

Entretanto, não é dado, ao juiz, o poder de agir arbitrariamente no manuseio do acervo probatório. Deve, ele, observar um método ou sistema como forma de valorar as provas constantes nos autos.

Historicamente, é possível observar, até então, três sistemas de valoração da prova no direito processual civil. São eles: *a)* o critério legal; *b)* o da livre convicção; e *c)* o da persuasão racional<sup>90</sup>.

O *critério legal* não é mais aplicado em nenhum ordenamento. Era o sistema utilizado no direito romano primitivo e do direito medieval, no qual prevaleciam as *ordálias* ou os *juízos de Deus*, ou *juramentos*<sup>91</sup>. No sistema da prova legal ou prova tarifada, cada meio de prova possuía um valor estabelecido em lei e a função do juiz era tão somente somar o valor da cada prova produzida pela parte. Aquele que somasse mais pontos seria o vencedor do litígio.

Como se vê, esse sistema não se preocupava com a qualidade das provas produzidas, mas unicamente com a quantidade delas. O juiz, nesse sistema de valoração, não faz nenhum (ou quase nenhum) juízo de valor ao aferir as provas, razão pela qual a adoção desse sistema produzia uma verdade meramente formal, que, na maioria dos casos, nenhum vínculo tinha com a realidade.

Com origem no direito romano<sup>92</sup>, no sistema da livre convicção o que prevalece é a íntima convicção do juiz – soberano para investigar a verdade e apreciar as provas:

No sistema da livre convicção, também chamado de íntima convicção, o juiz é soberanamente livre quanto à indagação da verdade e à apreciação das provas. A verdade jurídica é a formada na consciência do juiz, que não é, para isso, vinculado a qualquer regra legal, quer no tocante à espécie de provas, quer no tocante à sua avaliação. A convicção não decorre só das provas, ou melhor, não só das provas colhidas, mas também do seu conhecimento pessoal, das impressões pessoais, e à vista destas lhe é lícito repelir qualquer ou todas as demais provas. Além de que não está o juiz obrigado a dar os motivos em que funda sua convicção nem os que o levaram a condenar ou absolver<sup>93</sup>.

Enquanto no livre convencimento o juiz pode julgar sem se atentar, necessariamente, à prova dos autos, recorrendo a métodos que escapam do controle das

---

<sup>90</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum - vol.1*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 885

<sup>91</sup> SANTOS, Moacir Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 16.

<sup>92</sup> SANTOS, Moacir Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 395.

<sup>93</sup> SANTOS, Moacir Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 396-397.

partes, no sistema da persuasão racional, o julgamento deve ser fruto de uma operação lógica armada com base nos elementos de convicção existentes no processo.

O CPC de 1973 enunciava que o juiz “apreciará livremente a prova”, sendo, entretanto, obrigado a indicar na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento (CPC/73, art. 131), esse critério recebia pela doutrina de livre convencimento motivado. Humberto Theodoro Júnior explica o pensamento jurisprudencial construído sob a égide do CPC de 1973, que permitia ao juiz não analisar todas as provas produzidas nos autos:

Reconhecia-se, por meio dele, a inexistência de hierarquia entre as provas, que por isso poderiam ser “livremente avaliadas”, segundo força de convencimento gerado sobre o juiz (destinatário de todas as provas produzidas no processo). Não se tratava, porém, de um poder discricionário, já que, a par da liberdade de selecionar as provas que melhor se prestariam à solução da causa, a lei impunha o dever de fundamentar sua escolha, que somente poderia ser feita mediante prévio contraditório entre as partes, e posterior possibilidade de impugnação recursal. Entendia-se que, mediante os três elementos referidos (contraditório, motivação e duplo grau de jurisdição), resguardava-se o devido processo legal e combatia-se o arbítrio jurisdicional na valoração da prova tomada como base para a resolução do litígio<sup>94</sup>.

Assim, pela jurisprudência majoritária, o entendimento era que o magistrado era livre para pincelar apenas *uma* prova de todo o acervo probatório, conquanto que fundamentasse sua escolha.

Felizmente, houve um novo paradigma com a vigência do CPC de 2015. De forma expressiva, o novo CPC apresenta uma sutil diferença (pequena no tamanho, mas enorme no conteúdo) com o código passado. Em relação ao sistema de valoração das provas, ele retirou a expressão “livremente” do art. 371 (antigo art. 131 do CPC/73), não sendo mais correta a referência ao livre convencimento motivado como princípio processual<sup>95</sup>.

A redação do artigo passou a ser “o juiz *apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento*”.

Assim, o sistema de valoração de provas adotado pelo CPC de 2015 determina que o julgador deve ser *racionalmente* motivado pelas provas dos autos. Ele não pode mais *livremente* atingir o seu convencimento (mesmo que motivadamente). O

---

<sup>94</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum - vol.1*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 886-887.

<sup>95</sup> STRECK, Lênio. *As provas e o novo CPC: a extinção do poder de livre convencimento*. In: DIDIER JR., Fredie; JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. *Direito probatório*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 5. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 116.

magistrado só é *livre* no sentido de que não está sujeito a pré-avaliações legais vinculantes à sua convicção<sup>96</sup>.

Portanto, no novo CPC, há o dever de apreciar não a prova que *livremente* escolheu, mas o conjunto probatório em si. Nesse cenário, não basta que a sentença julgue procedente o pedido do autor, fundamentando que a testemunha “A”, do autor, comprovou a alegação da inicial. É preciso ir além, decorrência do dever de motivação das decisões, é necessário (e até mais importante!) que o juiz explique porque a testemunha “B”, do réu, não faz a contraprova, ou porque o documento juntado foi desconsiderado nas suas razões de decidir.

Ou seja, o juiz “*não pode omitir menção às provas que não considerou relevantes, provas tidas como importantes por uma das partes, e deve explicar porque não foram consideradas como base na sua decisão*”<sup>97</sup>.

Nada mais lógico. Decorrente do dever de imparcialidade, o juiz coloca-se entre as partes, mas de forma equidistante<sup>98</sup>. Assim, quando escuta uma parte, necessariamente deve escutar a outra. Portanto, de nada adiantaria dar aos litigantes a possibilidade de expor as suas razões e de apresentar as provas para participar do convencimento do juiz, sem que justifique os motivos que levaram o sucumbente a ser derrotado.

Assim, a motivação e a análise de todo o acervo probatório importa mais ao perdedor do que ao vencedor, visto que ele possui mais probabilidade de não somente recorrer da decisão (por questões culturais o recurso é inevitável à quase toda decisão), mas, principalmente, de se conformar com o que ficou decidido. Assim, sem as devidas exposições entre as razões que o levaram a perder o litígio, o processo não atingiria seu fim de pacificação social.

---

<sup>96</sup> RAMOS, Vitor. *Direito fundamental à prova*. Revista de processo, n. 224.

<sup>97</sup> ARRUDA ALVIM, Teresa. *Embargos de declaração e omissão do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 290.

<sup>98</sup> MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 54

### CAPÍTULO 3

#### PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ: APLICABILIDADE SUBSIDIÁRIA A PARTIR DO MODELO COOPERATIVO

O art. 370 do CPC de 2015 enuncia o preceito dos poderes instrutórios em termos genéricos: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.”. Não acentua limites. Não acentua forma de interpretação. Não acentua nada. Assim, gera um amplo debate acerca dos limites e alcance dos poderes instrutórios do juiz.

Isso é fruto dos antagonismos: a discussão acerca dos limites e alcances dos poderes instrutórios do juiz sempre passa pelos extremos entre processo adversarial e processo inquisitorial; e ativismo judicial e garantismo processual. Ocorre que atualmente a doutrina vem enxergando uma nova forma de estruturação do processo: o modelo cooperativo – que faz com que se repense a forma como, atualmente, a doutrina enxerga o alcance dos poderes instrutórios do juiz.

Assim, o presente capítulo se preocupa em primeiro traçar o histórico em que se deu a defesa por uma grande participação do juiz no campo da prova e delimitar não só o conceito de poderes instrutórios, mas também qual a sua natureza. Com base nisso, o trabalho apresentará o modelo cooperativo como um “meio termo” entre os extremos do ativismo judicial e do garantismo processual, concluindo que os poderes instrutórios possuem, no novo CPC, uma aplicação subsidiária às partes.

#### **3.1 Histórico breve: do publicismo processual à ampliação dos poderes instrutórios do juiz no Código de Processo Civil brasileiro**

O direito brasileiro, por muito tempo sustentava a ideia que a iniciativa do juiz era adstrita à regra das Ordenações. O magistrado deveria julgar “*segundo o que achar provado de uma e de outra parte, ainda que lhe a consciência dite outra coisa, e ele saiba a verdade ser em contrário do que no feito for provado*”.<sup>99</sup>

---

<sup>99</sup> SANTOS, Moacir Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1983. p.109.

Ou seja, pensava-se no juiz como figura absolutamente desinteressada com o resultado do processo. Vigorava no sistema brasileiro uma visão com cunho altamente privatista. Nesse cenário, a figura dos poderes instrutórios era escassa e com pouquíssimas aplicações práticas<sup>100</sup>.

Conta José dos Santos Bedaque que a reação a este imobilismo judicial histórico, no Brasil, iniciou-se com Alexandre Gusmão, professor da USP, o qual já afirmava que a iniciativa instrutória conferida ao juiz não se satisfaz aos reclamos e exigência da ciência processual até então<sup>101</sup>.

Gusmão, inspirado nos ensinamentos de autores germânicos e italianos<sup>102</sup>, seguia, principalmente, Chiovenda, impulsionador das transformações processuais na Itália, que pregava o rompimento com o excesso de formalismo e enfatizava a necessidade de concentração na oralidade do processo.

Notava-se uma crescente influência das ideais publicistas os quais defendiam a importância da jurisdição como forma de garantir a eficácia prática do ordenamento jurídico. Assim, o desenvolvimento do processo não pertencia mais aos litigantes, mas ao Estado, único titular da função jurisdicional.

A formação do publicismo é atribuída à elaboração do código processual austríaco de 1895, por Franz Klein. O código austríaco via na figura do juiz o porta-voz do ordenamento jurídico. A legislação processual refletia o contexto histórico da época e, por consequência da influência de ideais autoritários, sustentava-se “*a crença de que o aumento dos poderes do Estado na sociedade constituía sempre um fator de progresso social, o que justificava o aumento dos poderes do juiz no processo civil para supostamente elevar o nível de acesso e a qualidade da justiça*”<sup>103</sup>.

A influência publicista no processo traz grandes transformações e que podem ser observadas nas palavras sintéticas de Dinamarco:

A nota de publicidade do processo tem como causa imediata, resumidamente, a indisponibilidade de direitos; e, como reflexo funcional no processo, a sua inquisitividade. O interesse público transcende aos limites objetivos e subjetivos

---

<sup>100</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 73.

<sup>101</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 74.

<sup>102</sup> SANTOS, Moacir Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 111.

<sup>103</sup> GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de processo*. Vol. 164. 2008, p. 31

do litígio é que fada à ineficácia a inércia das partes ou ato dispositivo de situações jurídico-processuais, pois do contrário esses comportamentos conduziriam indiretamente ao sacrifício da sociedade interessada no resultado do pleito<sup>104</sup>.

E, de fato, as inquietações de Gusmão e os ideais publicistas influenciaram a confecção do Código de Processo Civil de 1939. Uma alta valoração à função do juiz e a visão de que o Estado possui interesse no processo podem ser observadas nas palavras do Ministro Francisco Campos, na exposição de motivos do código:

O primeiro traço de relevo na reforma do processo haveria, pois, de ser a função que se atribue ao juiz. A direção do processo deve caber ao juiz; e este não compete apenas o papel de zelar pela observância formal das regras processuais por parte dos litigantes, mas o de intervir no processo de maneira, que este atinja, pelos meios adequados, o objetivo de investigação dos fatos e descoberta da verdade. Daí a largueza com que lhe são conferidos poderes, que o processo antigo, cingido pelo rigor de princípios privatísticos, hesitava em lhe reconhecer. Quer na direção do processo, quer na formação do material submetido a julgamento, a regra que prevalece, embora temperada e compensada como manda a prudência, é a de que o juiz ordenará quanto for necessário ao conhecimento da verdade. Prevaleceu-se o Código, nesse ponto, dos benefícios que trouxe ao moderno direito processual a chamada concepção publicística do processo. Foi o mérito dessa doutrina, a propósito da qual deve ser lembrado o nome de Giuseppe Chiovenda, o ter destacado com nitidez a finalidade do processo, que é a atuação da vontade da lei num caso determinado. Tal concepção nos dá, a um tempo, não só o caráter público do direito processual, como a verdadeira perspectiva sob que devemos considerar a cena judiciária em que avulta a figura do julgador.

E assim, sob a influência da concepção publicista, penetrava no nosso ordenamento jurídico a defesa por uma ampliação dos poderes instrutórios no Brasil<sup>105</sup>.

O art. 117 do CPC de 1939 assim dispunha: “*A requerimento ou ex-officio, o juiz poderá, em despacho motivado ordenar as diligências necessárias à instrução do processo e indeferir as inúteis em relação a seu objeto, ou requeridas com propósitos manifestamente protelatórios.*”.

O código de 1973, trouxe uma singela mudança, pequena no tamanho e gigante no significado na redação do artigo: ao invés de *podrá*, utilizou a expressão *caberá*<sup>106</sup>. Esse verbo foi mantido no CPC de 2015 (art. 370) e é alvo de amplos debates acerca da natureza facultativa, ou não, dos poderes instrutórios, como se verá mais para frente.

<sup>104</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. *Instrumentalidade do processo*. São : Malheiros. 1994. p. 57.

<sup>105</sup> Interessante destacar que antes de 1939 já havia previsão em alguns códigos de processos civis estaduais, dentre eles o de Santa Catarina, concedendo mais poderes ao magistrado no campo da prova. SANTOS, Moacir Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 111-112.

<sup>106</sup> Art. 130 do CPC de 1973: *Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.*



De toda forma, com base nessa visão publicista do processo, o pensamento jurídico atual se formou numa visão quase irrestrita dos poderes instrutórios do juiz como forma de efetivar a busca pela verdade real e a consequente aplicação correta do direito.

### 3.2 Conceito e aplicação dos “poderes instrutórios do juiz”

“Instrução” deriva do verbo “instruir”, que, segundo Dicionário Aurélio, quer dizer: *“Explicação dada para um determinado fim”*<sup>107</sup>. Portanto, os poderes instrutórios do juiz são aqueles utilizados para o fim do processo: o convencimento do juiz e a prolação da sentença de mérito. Portanto, possuem aplicação, majoritariamente (mas não exclusiva) na instrução processual que é *“a fase em que as partes devem produzir provas de suas alegações”*<sup>108</sup>.

Ou seja, os poderes instrutórios decorrem dos princípios referentes à atividade do juiz no campo da prova<sup>109</sup>.

Com base nessas premissas, podem-se conceituar os poderes instrutórios como aqueles exercidos pelo magistrado, independente do grau de jurisdição, para determinar, sem requerimento das partes, a realização de diligências e produção de provas que servem à instrução do processo, com o objetivo de formar seu convencimento.

Pois bem. O art. 370 legitima, em termos genéricos, a atuação oficial: *“Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.”*.

Mas não somente esse dispositivo legal prevê os poderes instrutórios no o CPC de 2015. Na verdade, ele apenas o enuncia, enquanto outros demonstram sua aplicação no caso concreto.

Cita-se a título de exemplo: **a)** art. 396, possibilitando ao magistrado que intime a parte para que exiba documento ou coisa que se encontre em seu poder; **b)** art. 461 que concede o poder de determinar de ofício a inquirição de testemunhas referidas pelas

---

<sup>107</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986 p. 953

<sup>108</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum* - vol. 1. 58 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2017, p. 876

<sup>109</sup> MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. *Poderes Instrutórios do juiz no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2004. 191.

partes ou outras testemunhas e/ou proceder acareação; c) art. 481 no qual concede ao juiz o poder de, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa.

Essas são algumas manifestações dos poderes instrutórios no Código de Processo Civil durante a fase de conhecimento. Mas, é importante ressaltar que o exercício dos poderes instrutórios não estão limitados à fase instrutória, podendo ser aplicado durante a fase recursal ou executiva.

Perceba-se: a possibilidade de o desembargador determinar, de ofício, a conversão do julgamento em diligência para a produção de novas provas nada mais é que uma manifestação dos poderes instrutórios, só que em sede recursal. Observe-se o seguinte julgamento do egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, da lavra do Desembargador Ricardo Roesler, aplicando os poderes instrutórios em sede recursal:

APELAÇÃO CÍVEL. PREVIDENCIÁRIA. CONCESSÃO DE AUXÍLIO ACIDENTE. INEXISTÊNCIA DE DOCUMENTO QUE COMPROVE O ACIDENTE. NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL. VERIFICAÇÃO DO NEXO ETIOLÓGICO. CONVERSÃO DE OFÍCIO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA. Apesar da comprovação da redução da capacidade laborativa estar efetivamente delineada no laudo pericial, esta não constitui, por si só, elemento suficiente para a concessão do auxílio acidente. Mister evidenciar-se a ocorrência do acidente quando no exercício do trabalho para que se estabeleça o nexo causal entre a lesão e sinistro, com a finalidade de conceder auxílio acidente. Havendo a necessidade de complementação da instrução probatória para sanar dúvidas que obstem a prolação de decisão justa, converte-se o julgamento em diligência para oitiva de testemunhas, em consonância com o princípio da verdade real<sup>110</sup>.

Portanto, os poderes instrutórios do juiz possuem aplicação ampla e não restritas à instrução probatória. Trata-se de uma importante ferramenta para que o processo busque o fornecimento de uma tutela jurisdicional mais justa.

### 3.3 A natureza dos poderes instrutórios do juiz

Talvez a premissa mais importante para se aderir a uma corrente mais expansiva dos poderes instrutórios do juiz ou uma corrente que luta por uma aplicação mais subsidiária, está na forma como se enxerga a natureza da prova de ofício: se é um *dever* ou uma *faculdade* do juiz.

Trata-se, novamente, de questão que divide a doutrina e a jurisprudência.

---

<sup>110</sup> TJSC, Apelação Cível n. 2006.048843-9, de Araranguá, rel. Des. Ricardo Roesler, Segunda Câmara de Direito Público, j. 18-03-2008.

Grande parte acredita que os poderes instrutórios se tratam de um *dever* do juiz, que deve sempre valer-se deles para instruir a causa da melhor forma para que atinja seu convencimento. Argumentam que o art. 370, ao utilizar o verbo “caberá” (conjugação no futuro do indicativo), o que demonstra que o poder instrutório tem conotação de dever, sendo um impositivo ao magistrado<sup>111</sup>. Além de que argumentam que ao juiz não é dado faculdades processuais no uso de suas atribuições<sup>112</sup>.

Dessa forma, ao impor uma *faculdade* ao invés de um *dever*, o código estaria contrariando a própria essência dos poderes instrutórios, visto que eles foram conferidos ao juiz como a máxima que o Estado possui interesse na relação processual e na busca da verdade material.

Em contrapartida, o principal argumento dos defensores do poder instrutório como mera *faculdade* é o de que conceder um *dever* probatório ao juiz seria extremamente lesivo ao processo, visto que as partes, por óbvio, aguardariam o juiz tomar a frente da instrução probatória, já que as provas que ele escolher seriam as necessárias para formar sua convicção. As palavras de Marcelo José Magal Bonizzi entendem da mesma forma:

De fato, o disposto no art. 370 deixa claro que o juiz tem esse poder, assim como também a regra do art. 130 do CPC de 1973 o fazia. Essa possibilidade tem não é propriamente uma exigência do sistema. Em nenhum momento a lei impõe ao juiz obrigação de determinar, de ofício, as provas necessárias à elucidação dos fatos alegados, caso contrário, as partes se limitariam a esperar que o juiz tomasse a frente da fase instrutória, em todos os processos e determinasse sozinha a produção de todas as provas<sup>113</sup>.

Há um segundo argumento. Ao impor um dever de produção de prova, as regras de ônus da prova como regra de julgamento facilmente perderiam sua função, visto que qualquer sentença baseada em “faltas de provas” seria nula já que o juiz *deveria* ter produzido a prova, conforme leciona Daniel Amorim Assumpção Neves:

Entendo que o art. 370, caput do Novo CPC perdeu uma excelente oportunidade de desmistificar a ideia corrente de que a atividade oficiosa na instrução probatória é um poder do juiz. Poderia ter o dispositivo esclarecido que a produção de provas de ofício não é um dever do juiz, mas sim uma faculdade, não sendo nula a sentença que aplica o ônus da prova mesmo quando o juiz poderia ter produzido prova de ofício. Seria uma ótima forma de reconhecer que os chamados “poderes instrutórios”

<sup>111</sup> BORGES, FELIPE GARCIA LISBOA; VALENTE, Natasha Rocha. *Conteúdo e limites aos poderes instrutórios do juiz no processo civil contemporâneo*. Revista de Processo v. 243.

<sup>112</sup> CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012. p. 63

<sup>113</sup> BONIZZZI, Marcelo José Magal. *Fundamentos da prova civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 39-40

do juiz, na realidade, são faculdades instrutórias<sup>114</sup>.

Esse entendimento parece ter sido acampado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se observa do julgamento do REsp 880.057:

[...] Consoante reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal, o art. 130 do CPC não delimita uma obrigação, mas uma faculdade de o magistrado determinar a realização de provas a qualquer tempo e sob seu livre convencimento, incumbindo-lhe sopesar sua necessidade e indeferir diligências inúteis, protelatórias ou desnecessárias [...]<sup>115</sup>.

Com efeito, ambas as visões podem ocasionar problemas. Se a natureza dos poderes instrutórios fosse entendida como um *dever* abriria margem para um juiz autoritário, a contrapartida também não é tão menos grave. Na medida em que a iniciativa instrutória é entendida ou exercida como uma *faculdade*, certamente essa visão abrirá margem para uma utilização eletiva e arbitrária da instrução oficial que, também, pode configurar um grave problema, como se a iniciativa probatória fosse uma loteria processual. Godinho traz o seguinte caso como reflexão acerca dos riscos de se entender como uma faculdade:

Um acidente automobilístico envolvendo três carros, cada qual com um condutor, no cruzamento sem sinalização de determinada comarca, que conta com juízo único. Todas as partes são capazes e os direitos pleiteados são disponíveis (pleiteiam-se apenas indenizações em virtude de danos materiais e lesões corporais). Ajuíza-se ação contra um condutor, não se arrolam testemunhas e apenas fotografias são anexadas aos autos e as partes prestam os respectivos depoimentos. Consta no boletim de registro de acidente de trânsito a identificação de um comerciante que estava próximo ao local, além da identificação dos policiais que realizaram a ocorrência. O juiz, apenas com os elementos dos autos e com as regras de distribuição do ônus da prova, julga improcedentes os pedidos. Alguns meses depois, o outro envolvido ajuíza ação semelhante contra o mesmo réu daquele primeiro processo, com as mesmas circunstâncias fáticas e os mesmos elementos de convicção. Dessa vez, o mesmo juiz resolve ouvir como “testemunhas do juízo” os policiais e o comerciante e também determina a realização de inspeção no local do evento, além de determinar expedição de ofício à secretaria municipal competente para que informe sobre detalhes viários daquele trecho. Com as provas produzidas, julga os pedidos procedentes<sup>116</sup>.

E, de fato, uma visão facultativa poderiam trazer casos sérios de decisões conflitantes e uma instabilidade decisória.

Mas é preciso fazer escolhas e a visão facultativa parece ser o entendimento mais correto, sobretudo pelo princípio da cooperação que permeia a interpretação do CPC de 2015. Caso considerado o poder instrutório como um dever, o processo se tornará cada vez

<sup>114</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – Volume único*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 958.

<sup>115</sup> STJ, REsp. 880.057, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 04.12.08, p. em 02.02.09. O precedente é utilizado, atualmente, em inúmeras decisões monocráticas, o que deixa a entender que o posicionamento do STJ não alterou com advento no novo CPC.

<sup>116</sup> GODINHO, Robson Renault. *Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz*. Revista de processo n. 235

mais inquisitivo e menos cooperativo, visto que a máxima da cooperação é a participação de todos os sujeitos do processo.

Assim, a melhor visão do art. 370 do CPC de 2015 sob o prisma do processo cooperativo é aquele que concede uma *faculdade* ao juiz de participar da instrução da causa.

### **3.4 Entre o ativismo judicial e o garantismo processual: a cooperação como forma de aplicação subsidiária dos poderes instrutórios do juiz**

Toda a discussão sobre a existência e alcance dos poderes instrutórios do juiz gira em torno de dois vieses: **a)** o estrutural, girando em torno dos modelos de estruturação de processo (adversarial e inquisitivo); e **b)** o ideológico, podendo ser resumido no debate entre “ativismo judicial x garantismo processual”.

#### *3.4.1 A visão ativista: amplos poderes instrutórios do juiz;*

No Brasil, conforme visto anteriormente, desde 1939 o Código de Processo Civil adotou no campo probatório um viés estrutural inquisitivo, fruto da ideologia ativista que pode ser explicada por opções políticas<sup>117</sup> e acadêmicas<sup>118</sup>. Assim há uma forte corrente defensora do publicismo em detrimento do privatismo no Brasil.

Logicamente esse pensamento influenciou a forma como se enxerga os poderes instrutórios do juiz. A doutrina majoritária, contaminada pela visão publicista do processo, formulou-se na defesa pela concessão ampla (para não dizer ilimitada) iniciativa oficial para inquirir e instruir o processo – típica de um modelo inquisitorial de processo.

Os defensores dessa visão se justificam na crença de que no Estado moderno, a jurisdição é uma função pública voltada a garantir a eficácia prática do ordenamento jurídico. Assim, por o Estado possuir interesse na solução do litígio, não se poderia mais se pensar na figura do juiz no papel de mero espectador:

Em matéria de instrução, prevalece igualmente nas leis contemporâneas a tendência a confiar o papel ativo ao juiz, deferindo-lhe ampla iniciativa na verificação dos

---

<sup>117</sup> O Código de Processo Civil de 1939 foi editado durante a Ditadura Vargas (1930-1945) e o de 1973 durante a Ditadura Militar (1964-1985) a constatação é feita por GUEDES, Jefferson Carús. *Direito processual social atual: entre o ativismo judicial e o garantismo processual*. In. DIDIER JR. Fredie. *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: JusPodium, 2013

<sup>118</sup> Glauco Gumerato Ramos associa a noção ativista do direito processual brasileiro à influência da escola processualista de São Paulo: RAMOS, Glauco Gumerato. *Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate*. MPMG Jurídico, Belo Horizonte, v.4, n.18, p.8-13, out./dez., 2009.

fatos relevantes para a solução do litígio, tal como submetido à sua cognição, isto é, nos limites do pedido e da causa de pedir. Nada mais natural: é intuitivo, em linha de princípio, que um bom julgamento descansa na correta aplicação da norma a fatos reconstituídos com a maior exatidão possível; e julgar bem é preocupação que não pode ser estranha ao órgão judicial. Nessa perspectiva, ao contrário do que insinuam certas fórmulas tradicionais, recusar-lhe a possibilidade de comprovar espontaneamente os fatos parece tão pouco razoável, afinal de contas, quando negar-lhe a de procurar por si mesmo a norma aplicável: o conhecimento daqueles não lhe é menos necessário que o desta para cumprir sua função essencial de modo satisfatório<sup>119</sup>.

Dentre outros, três argumentos são essenciais para se entender a defesa “ativista” dos poderes instrutórios: *a)* a necessidade de se equilibrar eventuais descompassos entre as condições processuais das partes - que nem sempre estão em paridade; *b)* a busca pela verdade para que a decisão se aproxime da justiça, sendo um dever do magistrado instruir em busca desse fim; *c)* a visão publicista do processo, em que cada vez mais os efeitos do processo deixam de refletir somente na esfera das partes, para serem alvo de interesse do Estado<sup>120</sup>.

Processualmente, essa visão nega a existência da dimensão subjetiva do ônus da prova acreditando que o instituto serve apenas para “*atender o juiz no momento do julgamento, e não às partes, quando da instrução da causa.*”<sup>121</sup>. Com base nisso, os defensores desse posicionamento argumente que a atuação do juiz estaria no mesmo eixo horizontal que o das partes. Não em supletividade, não em substituição nem em subsidiariedade, mas junto com elas.

Por fim, os defensores de uma postura ativista destacam que a disponibilidade do direito<sup>122</sup> em nada interfere na aplicação do poder instrutório do juiz, visto que a disponibilidade cessa ao as partes se submeterem ao processo como forma de resolução dos seus conflitos; assim, como o processo é um instrumento estatal de manutenção da ordem jurídica e de promoção da paz social, a disponibilidade não interfere a condução do processo:

<sup>119</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo*. Revista brasileira de direito processual, Belo Horizonte, v. 15, n. 59

<sup>120</sup> CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012. p. 183

<sup>121</sup> CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012. p. 135

<sup>122</sup> Há uma interessante corrente que defende a aplicação dos poderes instrutórios do juiz apenas nas ações que versem sobre direito indisponíveis. Para tanto, consultar: STRECK, Lenio Luiz. *Limites do juiz na produção de prova de ofício no artigo 370 do CPC*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-set-15/senso-incomum-limites-juiz-producao-prova-oficio-artigo-370-cpc>>; Acesso em 01.11.18; DEUS, Fernando Barroso de; *O artigo 370 do Novo Código de Processo Civil à Luz dos Princípios da Imparcialidade e Imparcialidade, e da Análise Econômica do Direito*. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil n. 85 – Jul-Ago/2018. Essa doutrina encontrou algum respaldo no STJ, como no julgamento do Recurso Especial n. 43467/MG, de relatoria do ministro Sálvio Teixeira, publicado em 18.03.96.

A concessão de poderes instrutórios ao juiz significa subtrair das partes o poder de direção formal do processo, que não pode mais ser considerado coisa das partes. A natureza privada da relação jurídica confere à parte o poder de dela dispor. O que se lhe retira é a disponibilidade sobre o “continente”, sobre o proceder. Instaurado o processo, o modo, o ritmo e o impulso deste estão fora de sua esfera de atuação. Poderão elas, nesse aspecto, ser colaboradoras do juiz. Assim, o modo de pensar a verdade, a escolha dos meios de prova, não deve permanecer em poder das partes, pois, embora privado o objeto do processo, a função jurisdicional é pública e como tal deve ser regulamentada<sup>123</sup>.

É interessante, nesse aspecto, trazer a seguinte analogia apresentada por José Carlos Barbosa Moreira:

Aceitar a premissa de que ao titular do direito, em princípio, toca livremente resolver se ele deve ou não ser defendido em juízo, daí não se extrairá, sem manifesto salto lógico, que lhe assista idêntica liberdade de influir na maneira por que, uma vez submetida a lide ao órgão estatal, deva este atuar com o fim de estabelecer a norma jurídica concreta aplicável à espécie. Se cabe ver no litígio uma como uma enfermidade social, a cuja cura se ordena o processo, antes parece lícito raciocinar analogicamente a partir do fato que o enfermo, no sentido físico da palavra, livre embora de resolver se vai ou não entenar-se em hospital, tem de sujeitar-se, desde que opte pela internação, às disposições do regulamento: não pode impor a seu bel-prazer horários de refeições e de visitas, nem será razoável que se permita controlar a atividade do médico no uso dos meios de investigação indispensáveis ao diagnóstico, ou na prescrição dos remédios adequados. Não lhe agradando o tratamento, resta-lhe, decerto, a qualquer tempo, a possibilidade de retirar-se, mesmo sem alta, para tentar curar-se por outros métodos; enquanto, porém, queira utilizar os serviços do estabelecimento, há de respeitar-lhes a disciplina, que tem suas exigências próprias de racionalidade<sup>124</sup>.

Diante disso, concluem que há poucos limites impostos ao juiz para instruir a causa. Entre eles: *a)* o respeito ao objeto do processo, delimitado pelas partes na inicial e na contestação; *b)* o respeito ao contraditório; *c)* o dever de motivação das decisões judiciais; *d)* a natureza lícita das provas a ser determinada de ofício; e *e)* o caráter relativo da verdade processual<sup>125</sup>.

A conclusão de Bedaque arremata toda a forma de pensar do “ativismo” judiciário no campo da prova:

Assim sendo, a atividade probatória também deve ser exercida pelo magistrado, não em substituição das partes, mas junto com elas, como um dos sujeitos interessados no resultado do processo. A maior participação do juiz na instrução da causa é uma das manifestações da “*postura instrumentalista*” que envolve a ciência processual”. Essa postura favorece, sem dúvida, a “eliminação das diferenças de oportunidades em função da situação econômica dos sujeitos”. Contribui, enfim, para a “efetividade do processo”, possibilitando que o instrumento estatal de solução de

<sup>123</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 132-133.

<sup>124</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo*. Revista brasileira de direito processual, Belo Horizonte, v. 15, n. 59

<sup>125</sup> BRAGA, Sidney da Silva. *Iniciativa probatória do juiz no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 159.

controvérsias seja meio real de acesso à ordem jurídica justa<sup>126</sup>.

A jurisprudência do STJ se formou majoritariamente nesse sentido como se observa do julgamento do Recurso Especial n. 1.012.306/PR, de relatoria da ministra Nancy Andrighi:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DO DEVEDOR À EXECUÇÃO FUNDADA EM TÍTULO JUDICIAL. ÔNUS DA PROVA. INICIATIVA PROBATÓRIA DO JULGADOR. ADMISSIBILIDADE. Os juízos de 1º e 2º graus de jurisdição, sem violação ao princípio da demanda, podem determinar as provas que lhes aprouverem, a fim de firmar seu juízo de livre convicção motivado, diante do que expõe o art. 130 do CPC. **A iniciativa probatória do juiz, em busca da verdade real, com realização de provas de ofício, é amplíssima, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça.** [...] <sup>127</sup>

Mas é importante destacar a existência de parte da doutrina e da jurisprudência minoritária que se rebelava com a visão ativista que a doutrina majoritária enxergava os poderes instrutórios do juiz.

O primeiro argumento utilizado para a defesa subsidiária do juiz no campo da prova é a impossibilidade de o juiz assumir a função de parte e suprir eventuais insuficiências da prova. Ele deveria, nesse cenário, julgar com base nas regras de ônus da prova:

A atividade do juiz, quando determina a produção da prova, deve ser sempre subsidiária. Isto é, o juiz não deverá suprir, com sua atividade, as omissões das partes, com o que estaria sendo violada a paridade de tratamento entre as partes que deve nortear a atividade do magistrado (art. 125, I). Parece ser este o entendimento mais correto a partir da interpretação sistemática do Código de Processo Civil, pois se fosse admitido que o juiz supressi as omissões das partes, sentido algum teria a regra do ônus da prova<sup>128</sup>.

O segundo argumento para justificar a aplicação subsidiária é o afastamento das partes do campo probatório. Perceba-se: se for verdade que o juiz é o destinatário último da prova, visto que é ele quem deve resolver a lide, seria ingenuidade acreditar que a prova requerida por ele não teria um peso maior para atingir o seu convencimento<sup>129</sup>.

Assim, para aquele que tem que convencer, nada melhor que esperar aquele que será convencido ditar quais provas necessárias para atingir seu convencimento. A consequência é o natural afastamento das partes do campo probatório e, sobretudo, a ausência

<sup>126</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 160-161.

<sup>127</sup> STJ, REsp n. 1.012.306/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, p. em 07.05.09 – grifou-se.

<sup>128</sup> ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 463.

<sup>129</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES Dierle, BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRÓN, Flávio Quinaud Pedron. *Novo CPC – fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.



de qualquer cooperação e participação para a resolução probatória<sup>130</sup>.

Essa visão encontrou algum respaldo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como se observa do julgamento do Recurso Especial n. 471.857/ES, de relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros:

Os arts. 130 e 1.107 do CPC, mitigando o princípio da demanda, conferem poderes instrutórios ao juiz, mas não lhe impõem o dever da investigação probatória. Mesmo porque, nos fatos constitutivos do direito, o ônus da prova cabe ao autor (CPC, art. 333, I). A faculdade outorgada para instrução probatória do juízo milita em favor de uma melhor formação da convicção do magistrado. No entanto, o juiz não pode substituir as partes nos ônus que lhe competem, ainda mais quando a perícia não se realizou por inércia da parte no pagamento dos honorários do perito <sup>131</sup>.

Assim, para esse pequena parcela da doutrina, visava-se uma maior participação das partes em detrimento dos poderes do juiz.

A visão subsidiária é reflexo de um debate interessante. Atualmente, há uma crescente adesão a uma forte contracorrente ao ativismo judicial: a aplicação de uma visão *garantista* do processo. Isso, como bem destaca Robson Renault Godinho, fez com que pelo menos se repense a forma como se enxerga o papel do juiz, sobretudo em relação às partes e no campo probatório<sup>132</sup>.

### 3.4.2 A visão garantista: inexistência de poderes instrutórios do juiz

Conforma demonstrado no 1º capítulo deste trabalho, o garantismo processual é uma visão ideológica do processo que prestigia a imparcialidade do juiz e a aplicação do modelo adversarial de processo, em detrimento do sistema inquisitivo. Defendem que o processo precisa ter como norte a Constituição Federal, e por isso, deve-se assegurar às partes, por meio do devido processo legal, ampla participação na atividade jurisdicional para a defesa de seus interesses, reduzindo ao máximos os poderes dos juízes<sup>133</sup>. Sobre o garantismo processual, Adolfo Alvarado Velloso apresenta uma excelente introdução ao tema:

A palavra garantista ou seu sucedâneo garantidor provêm do subtítulo que LUIGI

<sup>130</sup> BONIZZI, Marcelo José Magal. *Fundamentos da prova civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 39-40

<sup>131</sup> STJ, REsp 471.857/ES, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, p. 17.11.03

<sup>132</sup> GODINHO, Robson Renault. *Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz*. Revista de processo n. 235.

<sup>133</sup> RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida. Por que a prova de ofício contraria o devido processo legal? Reflexões na perspectiva do garantismo processual. In. DIDIER JR. Fredie. *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Jus PodiVm, 2013. p. 639.

FERRAJOLI põs em sua magnífica obra *Direito e Razão* e quer significar que, sobre a lei, com minúscula, está a Lei com maiúscula (a Constituição). Em outras palavras: guarda adequado respeito à graduação da pirâmide jurídica. Não me escapa que as bandeiras levantas pelo solidarismo (a Justiça, a Verdade, o compromisso do juiz com seu tempo, com a sociedade, com o litigante mal defendido etc.), ganham adeptos rapidamente. Afinal, quem não quer justiça? Quem não quer verdade? Contudo não se trata de abandonar ou substituir essas bandeiras para sempre, mas, sim, de não colocá-las por sobre a Constituição<sup>134</sup>.

Dessa forma, o processo seria um *“método no qual o resultado dependerá do efetivo debate entre as partes e de sua diligência em melhor manejar a respectiva atividade.”*<sup>135</sup>.

A consequência é que o juiz desse sistema carece de qualquer poder impulsionador, tem que aceitar os fatos admitidos pelas partes e conformar-se com os meios de prova por elas produzida, e, com isso, deve resolver com base no ordenamento jurídico, ajustando-se estritamente à matéria controvertida.

Portanto, o processo se dá para as partes e pelas partes, a atividade jurisdicional é colocada em segundo plano devendo apenas garantir os preceitos da Constituição Federal.

Por óbvio, essa visão afeta diretamente o entendimento acerca da aplicação e limites aos poderes instrutórios do juiz. Na visão do garantismo, *“ao transformar-se em pesquisador ou investigador, o juiz envolve-se psicologicamente na disputa e tem comprometida a sua imparcialidade”*.<sup>136</sup> Dessa forma, ao juiz não é dado nenhum poder de determinar provas de ofício e é defeso qualquer atuação durante a instrução processual por isso afrontar preceitos básicos da Constituição Federal como a inércia jurisdicional e a imparcialidade.

Mas, de fato, essa postura não encontra qualquer amparo no art. 370 do CPC. Mas nem por isso a visão garantista deixa de influenciar a interpretação do artigo e a forma como se enxerga os poderes do juiz.

Ora, se é bem verdade que um juiz concedido de amplos poderes instrutórios sacrificará a atuação das partes no campo probatório (como demonstrado pelos adeptos à doutrina garantista), também é verdade que um juiz sem quaisquer poderes deixará

<sup>134</sup> VELLOSO, Adolfo Alvarado. *O garantismo processual*. In: DIDIER JR. Fredie. *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Jus PODVIM, 2013. p. 29.

<sup>135</sup> RAMOS, Glaucio Gumerato. *Repensando a prova de ofício*. Revista Jurídica; órgão nacional de doutrina, jurisprudência legislação e crítica judiciária. n. 402. 2011.

<sup>136</sup> LOPES, Maria Elizabeth. *O juiz e o princípio dispositivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 74

o Estado completamente ao léu da atividade jurisdicional, tornando o processo palco de enormes injustiças (como demonstrado pelos adeptos à doutrina ativistas).

Portanto, a resposta está no meio termo. É possível extrair pontos de convergência entre as duas visões e encontrar um equilíbrio onde não exista “*nem uma exclusão das partes que pareça um autoritarismo estatal, nem uma exclusividade da vontade que se confunda com indiferença estatal.*”<sup>137</sup>.

### 3.4.1 A visão cooperativa: poderes instrutórios do juiz subsidiário às partes;

Esse equilíbrio pode ser encontrado no *modelo cooperativo* de processo. É possível a atuação oficiosa existir e, ainda sim, dar mais protagonismo às partes no campo da prova. E essa parece ser a correta interpretação com base no novo CPC.

Explica-se. O art. 370 do novo CPC, novamente, anunciou os poderes instrutórios de forma abstrata, mantendo a redação de seu antecessor (CPC/73, art. 130). Mas o código mudou e não se pode interpretar o novo com os olhos do velho. A chamada *interpretação retrospectiva* traz sérias patologias ao novo sistema processual, conforme alertava José Carlos Barbosa Moreira:

Sem dever o seu título de investidura à nova ordem, e sem compromisso político com a transformação institucional que se operara no País, a Corte reeditou burocraticamente parte da jurisprudência anterior, bem como alimentou inequívoca má-vontade para com algumas inovações. Não se escapou, aqui, de uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antiga<sup>138</sup>.

Portanto, não se pode dizer que a estruturação do código passado se mantém, sobretudo na visão que sustenta a existência inquisitiva na seara instrutórias. Ou seja, não se pode admitir que a visão ativista (e portanto, inquisitorial) subsista, enquanto a estruturação do novo processo se dá de forma diferente, baseada, no modelo cooperativo.

No princípio cooperativo, conforme já exposto no início do trabalho, não há um protagonismo maior entre as partes e o juiz. Todos estão em pé de igualdade em prol da efetivação de todos os escopos do processo. Assim, o modelo cooperativo se afasta dos extremos se mantém no centro de qualquer concepção ativista ou garantista do processo: se o juiz é importante para instrução da causa, as partes também são.

<sup>137</sup> GODINHO, Robson Renault. *Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz*. Revista de processo n. 235.

<sup>138</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. O poder judiciário e a efetividade da nova Constituição. Revista Forense, 1988, n. 304, p. 152.

Soma-se a isso que no modelo cooperativo há uma valorização do contraditório como “*instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial, e não apenas como uma regra formal que deveria ser observada para que a decisão fosse válida.*”<sup>139</sup>. O contraditório, aqui, deve ser entendido como aquele substancial, no qual não basta só conceder as partes o poder de se manifestarem, mas sim o de efetivamente poderem influir no convencimento do julgador.

Portanto, o processo é fruto de um debate equilibrado entre as partes. Essa nova visão muda a interpretação e o alcance de institutos importantes do processo e, dentre eles, os poderes instrutórios juiz.

Na forma em que majoritariamente se enxergam os poderes instrutórios (como sendo ampliadíssimos) o juiz se torna pragmaticamente o protagonista (para não dizer exclusivo) do campo probatório. Trata-se de um reflexo natural de acontecer pela sua posição no processo. Há uma forte tendência ao juiz dar mais valor às provas que ele escolheu<sup>140</sup> o que redundará num pragmático afastamento das partes no campo da prova e uma concentração na atividade do magistrado.

Ou seja, as partes e o juiz nunca estarão em pé de igualdade no campo probatório. É o juiz que tem que ser convencido para resolver o processo – e não as partes.

Além de que os defensores de amplos poderes instrutórios acabam por afastar a aplicação do ônus da prova como regra de procedimento (dimensão subjetiva) e aplica-la apenas como regra de julgamento (dimensão objetiva). Fazer isso é evitar que as partes participem do processo, o que, em última análise é uma negativa de vigência ao princípio da cooperação, conforme bem leciona Humberto Theodoro Júnior:

Há quem negue a existência da norma como norma de procedimento, *in casu*, visto que o onerado não estaria obrigado ou compelido a agir no sentido de cumprir o encargo referido no preceito legal. A tese, todavia, não merece acolhida. A regulamentação do ônus da prova é parcela importante do sistema democrático de prestação jurisdicional, baseado no princípio da cooperação, que preconiza a efetiva participação de todos os sujeitos do processo na formação do provimento judicial (NCP, art. 6º). A busca da verdade, porque sem ela não se logra a justa composição do litígio, assume a qualidade de dever de todos os participantes do processo democrático que aspira à qualificação de processo justo. A norma distribuidora da carga probatória, portanto, atua na promoção e estímulo de um maior diálogo e

<sup>139</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10ª ed. Salvador. Jus Podvim, 2015. p. 87.

<sup>140</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES Dierle, BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRÓN, Flávio Quinaud Pedron. *Novo CPC – fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

cooperação, sempre direcionada a alcançar uma prestação jurisdicional efetiva e justa<sup>141</sup>.

Portanto, a visão atual acerca da uma ampla participação do juiz no campo da prova não é, nem de longe, cooperativa e foge muitos dos preceitos do novo código.

Assim, o CPC de 2015 é uma excelente oportunidade de se afastar dos extremos ideológicos e reequilibrar a balança. Deve-se tratar desigualmente os desiguais para que se efetive a ausência de protagonismo maior à um dos sujeitos do processo.

E fazer isso no campo probatório redundaria em conceder mais protagonismo às partes em detrimento dos poderes instrutórios do juiz. Isso porque, formalmente colocar as partes e o juiz em pé de igualdade é materialmente dar protagonismo só ao juiz, conforme já explicado.

Mas isso não significa expulsar todos os poderes instrutórios do juiz e negar qualquer aplicação ao art. 370 – as críticas apresentadas à doutrina garantista demonstraram bem a importância da existência dos poderes instrutórios do juiz e os perigos que um judiciário passivo pode trazer ao jurisdicionado.

Portanto, a melhor interpretação que se pode dar ao art. 370 do CPC é lê-lo em consonância com toda a sistemática do novo código e a adesão ao modelo cooperativo de processo, o qual o CPC de 2015 optou por se estruturar.

Isso significa dizer que a função instrutória do juiz, portanto, é *subsidiária* às partes. Portanto, o juiz deve, com certa frequência, valer-se das regras referentes ao ônus da prova sempre que necessário, inclusive aplicar a distribuição dinâmica do ônus da prova – que são, em última análise, manifestações do princípio da cooperação e formas de fomentar um amplo debate entre as partes.

Ou seja, a atuação do juiz no campo da prova deve dar-se após o protagonismo das partes. Apenas em situações em que, da prova já produzida, seja possível extrair outras fontes de provas ou meios de provas necessários para a resolução do feito; ou caso ainda tenha alguma dúvida sobre questão de fato importante, precisando saná-la a fim de evitar um desequilíbrio entre as partes que se mostre prejudicial à defesa. Nesse cenário o juiz poderá interferir na atividade probatória sem que isso implique em transformá-lo em um *juiz*

---

<sup>141</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum - vol.1*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 903.

*investigador*<sup>142</sup>.

Perceba-se: a regra é variável de acordo com a posição das partes no processo. Ou seja, antes de aplicar a *faculdade* (frisa-se que não se trata de um dever) instrutória que o código lhe concede, é preciso que o julgador tenha noção da natureza do litígio (se versa sobre direito indisponível ou não) e se as partes estão, ou não, em pé de igualdade processual (seja econômica, seja técnica).

São esses fatores que irão demandar uma atuação mais forte ou mais fraca dos poderes instrutórios do juiz para sanar eventuais desigualdades que venham a acontecer. Ou seja, quanto mais paritárias as partes estejam, menos os poderes instrutórios do juiz terão lugar, e mais as regras de ônus da prova poderão ser aplicadas.

E mais. Para exercer a *faculdade* que os poderes instrutórios lhe dão, o juiz deverá fazer respeitando a regra da vedação à decisão surpresa (CPC, art. 10º); do contraditório (CPC, art. 7º); da dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência (CPC, art. 9º) e, principalmente, da cooperação (CPC, art. 6º) fomentando o debate das partes. E, conforme dito, respeitar as regras de distribuição do ônus da prova.

É preciso fazer um alerta. O processo, e nem o juiz, deve ajudar aquele que se nega a cooperar. O modelo cooperativo é construído com base na reciprocidade das partes e do juiz para com o processo. Assim, uma coisa é vulnerabilidade ou ingenuidade que faça, por motivos de força maior, existirem dificuldades à parte de como demonstrar a ocorrência do fato. Outra coisa bem diferente é a manifesta desídia da parte (inclusive os mais hipossuficientes) que se nega, por motivos desconhecidos, a cooperar com o processo.

Assim, para que o sistema funcione é preciso que as partes efetivamente atuem no processo e participem amplamente do debate no campo probatório.

Portanto, caso as partes manifestem deliberadamente pelo julgamento antecipado, não subsistirá, salvo situações excepcionais de grave vulnerabilidade, qualquer poder instrutório ao juiz, devendo julga-lo no estado em que se encontra o processo e, na falta do seu convencimento, deverá julgar com base no ônus da prova.

---

<sup>142</sup> ALVIM, Arruda. *Questões controvertidas sobre os poderes instrutórios do juiz, a distribuição do ônus da probatório e a preclusão pro judicato em matéria de prova*. In DIDIER JR. Fredie. *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Jus PodiVm, 2013. p. 109.

O presente trabalho pretende contribuir com o problemático debate acerca do art. 370 do novo CPC que não acentua quaisquer limites de ordem objetiva no tocante aos poderes instrutórios do juiz. Tudo o que se defendeu aqui fica no campo da efetivação abstrata e permeada de conceitos, infelizmente, genéricos. Mas isso é decorrência da forma em que foram dispostos os artigos referentes à atuação do magistrado no campo da prova no CPC de 2015. Trata-se de uma opção legislativa e, talvez, a vontade do legislador tenha sido nesse sentido.

Assim, toda tentativa de delimitação formal, com casos concretos e parâmetros pré-estabelecidos de atuação do juiz seria ver coisa onde não há no Código de Processo Civil e, aprofundar nesse assunto, seria fugir dos limites intrínsecos de uma monografia.

De toda forma, surge o modelo cooperativo como uma interessante maneira de limitar, ainda que abstratamente, a atuação judicial e trazer mais protagonismo às partes. É um começo. Não se pode mais tolerar um juiz no centro das controvérsias conforme se observava da doutrina no antigo Código de Processo Civil e tratar os sujeitos do processo como inimputáveis.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho é fruto de uma curiosidade e de um incômodo.

Nasceu de uma tentativa em aprofundar o estudo no campo do direito probatório. Por uma inevitável lacuna deixada pelo programa do curso de Direito da UFSC, o estudo da prova é mencionado somente *en passant* e sem o aprofundamento necessário para compreensão do instituto.

O incômodo veio após. Na busca por um tema inserido no campo da prova, chamou-me a atenção a forma em que a doutrina abraçava os poderes instrutórios do juiz: tratavam como ilimitado, por assim dizer. Isso, dentro da minha ignorância, era algo catastrófico por diversos motivos.

Nessa inquietação surgiu o tema. Uma tentativa de nadar contra a corrente e apresentar que há de se impor limites dos poderes instrutórios do juiz. Desse tema, alguns problemas: primeiro que o Código de Processo Civil não abre margem para delimitação de um parâmetro objetivo como limite; segundo que seria presunçoso demais para uma monografia refutar grandes nomes do processo civil e enxergar limites aonde, objetivamente, não há.

Diante disso, a ideia de impor limites teve que ser descartada. Entretanto, o interesse em afastar uma aplicação ampla dos poderes do juiz no campo da prova se manteve.

Daí se seguiu por um período de estudo daqueles defensores de uma postura ampliadíssima. Os argumentos, de fato, são sedutores e a ideia de que o papel do juiz é necessário para evitar injustiças convence. Mas graças à honestidade intelectual de alguns autores, como José Roberto dos Santos Bedaque que, apesar de defender a atuação ampla, apresentava autores que faziam o contraponto.

Esse era o ponto de partida. E das notas de rodapé foi que o autor tomou conhecimento do debate ideológico entre *garantismo processual* e *ativismo judicial*.

Mas, se é bem verdade que a postura de um juiz ativista possui problemas, um juiz garantista também trará sérios riscos.

Assim, o objetivo do trabalho, em sua redação final, foi de buscar um equilíbrio entre as duas visões. E esse meio termo surge no modelo cooperativo que foi



instituído pelo CPC de 2015. Nele se consegue juntar tanto uma participação do magistrado na instrução processual, quanto dar um protagonismo maior às partes.

E isso significa, em primeiro plano, deixar a atuação do juiz *subsidiaria* a das partes.

Para se chegar nessa conclusão, dividiu-se o texto em três capítulos, os dois primeiros amplos e, aparentemente, sem conexão entre si. Isso é até justificável, para se falar do papel do juiz no campo da prova (como no terceiro capítulo) é necessário, antes, falar sobre a atuação do magistrado no processo civil e algumas questões relativas à prova.

O Capítulo 1 falou exclusivamente da atuação do juiz no processo civil. Partiu-se, primeiro, de uma breve análise do papel do magistrado nos três modelos estruturais de processo: adversarial, inquisitivo e cooperativo. Logo após introduziu-se o debate entre garantismo processual e ativismo judicial e rapidamente mostrou-se a razão de ser de cada uma das correntes ideológicas.

Nesse cenário, já se pode notar que o modelo cooperativo encontra-se no centro da controvérsia e consegue ao mesmo tempo trazer questões relativas ao ativismo (e o modelo inquisitorial) e o garantismo (e o modelo adversarial) trazendo um protagonismo equânime entre os sujeitos do processo.

A seguir, buscou-se analisar alguns princípios que por sua natureza, influenciam diretamente na atuação do juiz e, consequentemente, nos poderes instrutórios. Assim, o trabalho discorreu brevemente pelos princípios do devido processo legal, contraditório, imparcialidade igualdade processual e como eles se relacionam com a atuação do juiz. Aqui, destacou-se que a imparcialidade é inerente à existência dos poderes instrutórios e não se pode maquiar isso para justificar certos pontos.

Por fim, neste capítulo, analisou-se genericamente os poderes e deveres do juiz no CPC de 2015. Ficou demonstrado que, tratam-se, na verdade, de apenas um dever que é ramificado em subdivisões apenas por questões didáticas. É dentro dessas ramificações (que pode mudar de autor para autor) que se encontram os poderes instrutórios.

Com uma ruptura drástica com o 1º Capítulo, o Capítulo 2 abandonou temporariamente o papel do juiz e passou a tratar sobre algumas questões atinentes ao direito probatório. Uma premissa era importante para se tratar de provas e optou-se por iniciar com uma breve discussão sobre qual a verdade buscada pelo processo. Nesse subitem, ficou demonstrado que o processo, por meio das provas, jamais conseguirá demonstrar a verdade

real dos acontecimentos. Trata-se de um pressuposto importante que influenciou a exposição dos subitens posteriores. O fato de que prova não demonstra uma verdade trouxe reflexos nas exposições não só o conceito de prova, mas também nas explicações sobre qual é o objeto finalidade e destinatário da prova.

Logo após a exposição das questões inerentes à prova, o 2º capítulo optou três demais inseridos no direito probatório. Iniciou-se pela discussão sobre qual é a natureza da prova, se é norma processual ou norma material. Aqui, demonstrou-se o caloroso debate que existe e se apresentou os principais argumentos de cada uma das teorias. Ao fim, optou-se por se aderir à corrente que trata as provas como norma de direito processual visto que seu papel, majoritariamente, é formar a convicção do juiz.

Feito isso, expôs duas alterações do CPC de 2015 no campo das provas: a questões referentes ao ônus da prova e sua distribuição dinâmica, bem como o sistema de valoração de provas em que houve a retirada da expressão “livremente” da redação do artigo 371.

Nesse ponto deu-se grande relevância à dimensão subjetiva do ônus da prova, aquele que deve ser entendida como regra de procedimento. Esse posicionamento não é por menos. Os defensores de uma concessão ampla negam a existência dessa dimensão e acreditam que o ônus da prova só deve ser entendido como regra de julgamento, ou seja, aquele que possibilidade ao juiz julgar mesmo não estando convencido. Trata-se de um entendimento, com o devido respeito, inaceitável visto que a dimensão subjetiva do ônus da prova é a que faz as partes efetivamente debaterem, sendo uma importante ferramenta de cooperação no processo.

Após estudado a atuação do juiz (1º capítulo) e as provas (2º capítulo), adentrou-se no terceiro capítulo o qual unifica os dois institutos e passa a tratar sobre os poderes instrutórios do juiz. Primeiro, tratou-se de fazer um breve recorte histórico dos poderes instrutórios do juiz, no Brasil. Esse histórico breve é importante para se entender o as razões que levam doutrina atual optar por uma concessão ampla de poderes, ao juiz, para atua no campo da prova.

Feito isso se optou, num primeiro momento, por conceituar poderes instrutórios. Viu-se, nesse breve subitem, que sua aplicação não se limita a instrução da causa, mas, como ele se trata de um conceito amplo, possuindo aplicações tanto na fase recursal, quanto na fase executiva. E, no segundo momento, analisou-se a discussão e os prós e contras

de se enxergar a existência de poderes instrutórios como uma faculdade ou um dever do magistrado. Aqui, apesar de razoáveis argumentos de ambos os lados, defendeu-se que o ordenamento jurídico concede uma faculdade ao magistrado, e não um dever.

Encerrando, o presente trabalho remonta o debate entre ativismo e garantismo, bem como, os modelos estruturais do processo para se defender um meio-termo: que os poderes instrutórios do juiz devem estar em consonância com o modelo cooperativo de processo. Isso significa se afastar da concepção que concede amplos poderes instrutórios ao juiz. No modelo cooperativo, não há um protagonista principal e todos os sujeitos devem amplamente debater para que se formule o provimento jurisdicional.

Portanto, ao conceder amplos poderes ao juiz para instruir a causa, naturalmente se colocará, de novo, o juiz no centro da controvérsia e as partes em segundo plano e isso em tempos do novo CPC é inaceitável.

Assim, se propõe que o papel do juiz na instrução é subsidiário ao das partes. Ele deve se atentar à natureza do litígio e a vulnerabilidade das partes, devendo atuar na instrução apenas quando notar situações de extrema injustiça.

Não conseguir delimitar limites objetivos à aplicação dos poderes instrutórios do juiz é algo que causa uma certa inquietação. Tudo o que se defendeu aqui fica no campo da efetivação abstrata e permeada de conceitos, infelizmente, genéricos. Mas isso é decorrência da forma em que foram dispostos os artigos referentes à atuação do magistrado no campo da prova no CPC de 2015. Trata-se de uma opção legislativa e, talvez, a vontade do legislador tenha sido nesse sentido.

Portanto, toda tentativa de delimitação formal, com casos concretos e parâmetros pré-estabelecidos de atuação do juiz seria ver coisa onde não há no Código de Processo Civil e, aprofundar nesse assunto, seria literalmente um presunçoso trabalho.

De toda forma, surge o modelo cooperativo como uma interessante maneira de limitar, ainda que abstratamente, a atuação judicial e trazer mais protagonismo às partes. É um começo. Não se pode mais tolerar um juiz no centro das controvérsias conforme se observava da doutrina no antigo Código de Processo Civil e tratar os sujeitos do processo como inimputáveis.

## REFERÊNCIAS

ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ARRUDA ALVIM, Tereza. *Embargos de declaração e omissão do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. *Reflexões sobre o ônus da prova*. RePro 76. out-dez.

ARDITO, Gian. *O ônus da prova no Novo Código de Processo Civil: a excepcionalidade da aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova*. In. DIDIER JR., Fredie; JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, Wiliam Santos. *Direito probatório*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 5. Salvador: Juspodivm, 2018

ARENHART, Sergio. *A verdade e a prova no processo civil*. Disponível em: < [https://www.academia.edu/214442/A\\_VERDADE\\_E\\_A\\_PROVA\\_NO\\_PROCESSO\\_CIVIL](https://www.academia.edu/214442/A_VERDADE_E_A_PROVA_NO_PROCESSO_CIVIL) >. Acesso em: 01.11.18.

ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro, volume I: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. *Processo civil brasileiro, volume II: parte geral: institutos fundamentais: tomo 2*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BERMUDES, Sérgio. *Direito processual civil: estudos e pareceres*, 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1994.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao processo civil*. Rio de Janeiro, Forense, 2010.

BONIZZII, Marcelo José Magal. *Fundamentos da prova civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BOTELHO, Guilherme. *Direito estrangeiro e comparado – generalidades*. Revista de processo n. 243. 2015.

BORGES, FELIPE GARCIA LISBOA; VALENTE, Natasha Rocha. *Conteúdo e limites aos poderes instrutórios do juiz no processo civil contemporâneo*. Revista de Processo v. 243.

BRAGA, Sidney da Silva. *Iniciativa probatória do juiz no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 119.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial n. 43467/MG, Relator Ministro Sálvio Teixeira, publicado em 18.03.96.

\_\_\_\_\_, Recurso Especial n. 471.857/ES, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, publicado em 17.11.03

\_\_\_\_\_, Recurso Especial n. 1.012.306/PR,

Relatora Ministra Nancy Andrighi, publicado em 07.05.09.

\_\_\_\_\_, Recurso Especial n. 880.057, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, publicado em 02.02.09.

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, Apelação Cível n. 2006.048843-9, Relator Desembargador Ricardo Roesler, julgado em 18.03.08.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil: volume 1*. São Paulo: Atlas, 2014.

CAMBI, Eduardo. *Teoria das cargas dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova)*. In DIDIER JR., Fredie; JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, Wiliam Santos. *Direito probatório*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 5. Salvador: Juspodivm, 2018,

CARNELUTTI, Francesco. *A prova cível*. São Paulo: Pílares, 2016.

CASTRO, Daniel Penteado de. *Poderes instrutórios do juiz no processo civil: fundamentos, interpretação e dinâmica*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

CONJUR. *Em defesa do garantismo, juristas fazem manifesto contra ativismo judicial*. Disponível em :< <https://www.conjur.com.br/2017-ago-29/defesa-garantismo-juristas-fazem-carta-ativismo-judicial>>. Acesso em: 03.11.18.

CUNHA, Maurício Ferreira. *Ônus da prova, dinamização no novo CPC*. In DIDIER JR., Fredie; JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, Wiliam Santos. *Direito probatório*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 5. Salvador: Juspodivm, 2018.

DEUS, Fernando Barroso de; *O artigo 370 do Novo Código de Processo Civil à Luz dos Princípios da Imparcialidade e Imparzialità, e da Análise Econômica do Direito*. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil n. 85 – Jul-Ago/2018.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Salvador: JusPODVIM, 2017.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Salvador. Jus Podvim, 2015.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 3. São Paulo: Malheiros.

\_\_\_\_\_. *Instrumentalidade do processo*. São Paulo : Malheiros. 1994.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2017.

DONIZETTI, Elpídio. *Princípio da cooperação (ou da colaboração) – arts. 5º e 10 do projeto do novo CPC*. Disponível em: <<https://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/121940196/principio-da-cooperacao-ou-da-colaboracao-arts-5-e-10-do-projeto-do-novo-cpc>>. Acesso em: 01.11.18.

DOS SANTOS, Eduardo. *Princípios Processuais Constitucionais*. Salvador: JusPODVIM, 2016.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro:

GODINHO, Robson Renault. *Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz*. Revista de processo n. 235

GRECO, Leonardo. *Publicismo e privatismo no processo civil*. Revista de processo. Vol. 164. 2008.

GUEDES, Jefferson Carús. *Direito processual social atual: entre o ativismo judicial e o garantismo processual*. In: DIDIER JR. Fredie. *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Jus Podium, 2013

LANES, Júlio Cesar Goulart; POZATTI, Fabrício Costa. *O juiz como o único destinatário da prova (?)*. In: DIDIER JR., Fredie; JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, Wiliam Santos. *Direito probatório*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 5. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 107-108.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sergio Cruz. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015..

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil. Vol. II*. Campinas: Millennium, 2003.

MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. *Poderes do juiz no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2004.

MIDIDIERO, DANIEL. *A Colaboração como Modelo e como Princípio no Processo Civil*. Disponível em: <[https://www.academia.edu/10250562/Cooperacao\\_como\\_Modelo\\_e\\_como\\_Principio\\_no\\_Processo\\_Civil](https://www.academia.edu/10250562/Cooperacao_como_Modelo_e_como_Principio_no_Processo_Civil)>. Acesso em: 01.11.18.

MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Julgamento e ônus da prova*. In: Temas de Direito Processual Civil – segunda série. São Paulo: Saraiva, 1988.

\_\_\_\_\_. *O poder judiciário e a efetividade da nova Constituição*. Revista Forense, 1988, n. 304,

\_\_\_\_\_. *Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo*. Revista brasileira de direito processual, Belo Horizonte, v. 15, n. 59

\_\_\_\_\_. *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas*, In: Temas de direito processual, 6ª série. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. *O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo*. In: Temas de direito processual civil: 9ª série. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *Os Poderes do juiz na direção e na instrução do processo*. In: Temas de direito processual civil : 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – Volume único*. Salvador: JusPodivm, 2016.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. Salvador: JusPODVIM, 2016.

RAMOS, Glaucio Gumerato. *Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate*. Revista MPMG Jurídico, n. 18, 2009.

\_\_\_\_\_. *Repensando a prova de ofício*. Revista Jurídica; órgão nacional de doutrina, jurisprudência legislação e crítica judiciária. n. 402. 2011.

RAMOS, Vitor. *Direito fundamental à prova*. Revista de processo, n.224.

REGO, Hermenegildo de Souza. *Natureza das normas sobre prova*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985, p. 29

RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida. *Por que a prova de ofício contraria o devido processo legal? Reflexões na perspectiva do garantismo processual*. In. DIDIER JR. Fredie. *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Jus Podivim, 2013. p. 639.

SANTOS, Moacir Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1983.

STRECK, Lenio Luiz. *Limites do juiz na produção de prova de ofício no artigo 370 do CPC*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-set-15/senso-incomum-limites-juiz-producao-prova-oficio-artigo-370-cpc>>; Acesso em 01.11.18;

\_\_\_\_\_. *As provas e o novo CPC: a extinção do poder de livre convencimento*. In. DIDIER JR., Fredie; JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, Wiliam Santos. *Direito probatório*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 5. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 116.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do*

*direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum - vol.1.* Rio de Janeiro: Forense, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES Dierle, BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRÓN, Flávio Quinaud Pedron. *Novo CPC – fundamentos e sistematização.* Rio de Janeiro: Forense, 2015.

UNHA Marce. *Notas comparativas entre o sistema adversarial norte americano e o sistema inquisitorial: qual sistema está mais direcionado a fazer justiça?.* Revista de Processo v. 249.

VAUGHN, Gustavo Fávero; BRAZIL, Renato Caldeira Grava; RAVAGNANI, Giovani dos Santos. *As convenções processuais vistas como um possível limite aos poderes instrutórios do juiz.* Revista dos Tribunais, vol. 989.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. *O garantismo processual.* In. DIDIER JR. Fredie. *Ativismo Judicial e Garantismo Processual.* Salvador: Jus PODVIM, 2013.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo de conhecimento e tutela provisória), volume 2.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.